

# **Der Bündner Zivilprozess im Überblick unter besonderer Berücksichtigung einzelner Verfahrensarten**

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät  
der Universität Zürich  
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von  
**MARCO ETTISBERGER**  
von Chur und Untervaz GR

genehmigt auf Antrag von  
Herrn Prof. Dr. Hans Ulrich Walder



Digitized by the Internet Archive  
in 2026

# **Der Bündner Zivilprozess im Überblick unter besonderer Berücksichtigung einzelner Verfahrensarten**

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät  
der Universität Zürich

zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

MARCO ETTISBERGER

von Chur und Untervaz GR

genehmigt auf Antrag von

Herrn Prof. Dr. Hans Ulrich Walder

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 18. Februar 1987

Der Dekan:

Prof. Dr. Claudio Soliva

## I N H A L T S U E B E R S I C H T

|                            |       |
|----------------------------|-------|
| Vorwort                    | II    |
| Inhaltsverzeichnis         | III   |
| Literaturverzeichnis       | XI    |
| Rechtsquellen, Materialien | XVII  |
| Entscheidungssammlungen    | XVIII |
| Abkürzungen                | XIX   |



## V O R W O R T

Die vorliegende Arbeit soll neben einer kurzen Darstellung des Bündner Zivilprozesses vor allem einen Ueberblick über einzelne Verfahrensarten der Bündner Zivilprozessordnung vermitteln, welche noch nicht Gegenstand einer systematischen Abhandlung gebildet haben. Dabei wurde versucht, das dogmatische, auch für andere Zivilprozessordnungen Gültige über die einzelnen Themen auf das wesentliche zusammenzufassen, die Besonderheiten im Bündner Zivilprozess zu schildern und insbesondere auf die dazu ergangenen Entscheide des Kantonsgerichts hinzuweisen.

Literatur und Judikatur wurden bis Ende Juli 1986 berücksichtigt.

An dieser Stelle möchte ich Herrn Prof. Dr. iur. Hans Ulrich Walder meinen Dank aussprechen für die Freiheit, die er mir bei der Ausarbeitung dieser Dissertation gewährt hat.



## I N H A L T S V E R Z E I C H N I S

### I. GESCHICHTLICHE ENTWICKLUNG UND GRUNDSÄTZLICHE WESENSZÜGE DES BÜNDNER ZIVILPROZESSES

|      |                                                                                                       |    |
|------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 1.   | <u>Die geschichtliche Entwicklung<br/>zum heutigen Zivilprozess</u>                                   | 1  |
| 1.1. | Freistaat Gemeiner Drei Bünde                                                                         | 1  |
| 1.2. | Helvetik                                                                                              | 2  |
| 1.3. | Mediationsverfassung                                                                                  | 2  |
| 1.4. | Kantonsverfassung von 1854                                                                            | 3  |
| 1.5. | Gesetz über das Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten 1854/71                                | 3  |
| 1.6. | Revision von 1907                                                                                     | 5  |
| 1.7. | Entstehungsgeschichte der ZPO vom<br>1.1.1955                                                         | 6  |
| 1.8. | Seitherige Revisionen                                                                                 | 6  |
| 1.9. | Die ZPO vom 1.12.1987                                                                                 | 7  |
| 2.   | <u>Die Organe der Bündner Zivilrechtspflege und ihre<br/>sachliche und funktionelle Zuständigkeit</u> | 9  |
| 2.1. | Rechtsquellen                                                                                         | 9  |
| 2.2. | Der Vermittler                                                                                        | 9  |
|      | 2.2.1. Der Vermittler als Friedensrichter                                                             | 9  |
|      | 2.2.2. Der Vermittler als Einzelrichter                                                               | 10 |
| 2.3. | Der Kreispräsident                                                                                    | 10 |
| 2.4. | Die Bezirksgerichte                                                                                   | 11 |
|      | 2.4.1. Der Bezirksgerichtspräsident<br>als Einzelrichter                                              | 11 |

|          |                                                          |    |
|----------|----------------------------------------------------------|----|
| 2.4.2.   | Der Bezirksgerichtsausschuss                             | 12 |
| 2.4.3.   | Das Gesamtgericht                                        | 13 |
| 2.5.     | Das Kantonsgericht                                       | 13 |
| 2.5.1.   | Der Kantonsgerichtspräsident                             | 13 |
| 2.5.2.   | Der Kantonsgerichtsausschuss                             | 14 |
| 2.5.3.   | Das Gesamtgericht                                        | 14 |
| 2.6.     | Weitere Organe der Zivilrechtspflege                     | 15 |
| 3.       | <u>Ueberblick über das Bündner Zivilprozessverfahren</u> | 17 |
| 3.1.     | Allgemeine Bemerkungen                                   | 17 |
| 3.2.     | Die Zuständigkeitsordnung                                | 17 |
| 3.3.     | Die Parteien                                             | 18 |
| 3.4.     | Die Rechtshängigkeit                                     | 19 |
| 3.5.     | Die Verfahrensgrundsätze                                 | 22 |
| 3.6.     | Die einzelnen Verfahrensarten                            | 25 |
| 3.6.1.   | Das ordentliche Verfahren                                | 25 |
| 3.6.1.1. | Das Sühneverfahren                                       | 25 |
| 3.6.1.2. | Das Verfahren vor dem Einzelrichter                      | 26 |
| 3.6.1.3. | Das Verfahren vor Kollegialgerichten                     | 26 |
| 3.6.2.   | Das beschleunigte und das summarische Verfahren          | 29 |
| 3.6.3.   | Das Verfahren auf einseitiges Vorbringen                 | 30 |
| 3.6.4.   | Das Verfahren vor Schiedsgerichten                       | 30 |
| 3.6.5.   | Das Befehlsverfahren                                     | 30 |
| 3.6.6.   | Amtliche Anzeige                                         | 31 |

|                                  |    |
|----------------------------------|----|
| 3.6.7. Die Rechtsmittelverfahren | 31 |
| 3.7. Beweisführung               | 32 |
| 3.7.1. Beweissicherung           | 32 |
| 3.7.2. Beweismittel              | 33 |
| 3.7.3. Beweisverfahren           | 34 |

## II. PROZESSVORAUSSETZUNGEN UND PROZESSHINDERNISSE

|                                                                                              |    |
|----------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 1. <u>Begriffe und einleitende Bemerkungen</u>                                               | 37 |
| 1.1. Prozessvoraussetzung und Prozesshindernis                                               | 37 |
| 1.2. Sachurteil und Prozessurteil                                                            | 37 |
| 1.3. Urteil und Beiurteil                                                                    | 38 |
| 2. <u>Die einzelnen Prozessvoraussetzungen und Prozesshindernisse im bündnerischen Recht</u> | 40 |
| 2.1. Parteifähigkeit                                                                         | 40 |
| 2.2. Prozessfähigkeit                                                                        | 40 |
| 2.3. Postulationsfähigkeit und Vertretungsbefugnis                                           | 41 |
| 2.3.1. Allgemeines                                                                           | 41 |
| 2.3.2. Die Vertretung juristischer Personen durch ihre Organe                                | 42 |
| 2.3.3. Die gewillkürte Vertretung                                                            | 43 |
| 2.4. Ordnungsgemässe Klageeinreichung                                                        | 44 |
| 2.4.1. Allgemeines                                                                           | 44 |
| 2.4.2. Die Einhaltung der Leitscheinfrist                                                    | 45 |
| 2.4.3. Inhalt des Leitscheins                                                                | 46 |
| 2.4.4. Gehörige Vermittlung der Streitsache                                                  | 46 |

|        |                                                                                      |    |
|--------|--------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 2.4.5. | Inhalt der Prozesseingabe                                                            | 47 |
| 2.5.   | Zulässigkeit des Rechtsweges                                                         | 48 |
| 2.6.   | Zulässigkeit der gewählten Prozessart                                                | 49 |
| 2.7.   | Zuständigkeit                                                                        | 49 |
| 2.7.1. | Oertliche Zuständigkeit                                                              | 49 |
| 2.7.2. | Sachliche und funktionelle<br>Zuständigkeit                                          | 50 |
| 2.7.3. | Schiedsabreden                                                                       | 50 |
| 2.8.   | Vertröstung und Sicherheitsleistung                                                  | 50 |
| 2.9.   | Rechtsschutzinteresse                                                                | 52 |
| 2.9.1. | Allgemeines                                                                          | 52 |
| 2.9.2. | Res iudicata                                                                         | 52 |
| 2.9.3. | Rechtshängigkeit                                                                     | 54 |
| 3.     | <u>Anwendbare Verfahren</u>                                                          | 55 |
| 3.1.   | Klageabschreibung                                                                    | 55 |
| 3.1.1. | Uebersicht                                                                           | 55 |
| 3.1.2. | Abschreibung mangels Vertröstung<br>oder Sicherheitsleistung                         | 56 |
| 3.1.3. | Abschreibung wegen verspäteter<br>Eingabe des Leitscheins oder der<br>Prozesseingabe | 57 |
| 3.1.4. | Abschreibung durch den Vermittler                                                    | 58 |
| 3.2.   | Vorprüfungsverfahren des Einzelrichters                                              | 59 |
| 3.3.   | Das Verfahren vor Kollegialgerichten<br>nach ZPO 105                                 | 59 |
| 3.3.1. | Gegenstand                                                                           | 60 |
| 3.3.2. | Erledigung                                                                           | 60 |

|                                                       |                                                                     |    |
|-------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------|----|
| 3.4.                                                  | Prozesseinreden während der Haupt-<br>verhandlung                   | 62 |
| 3.5.                                                  | Im beschleunigten und summarischen Ver-<br>fahren                   | 63 |
| 3.6.                                                  | Rückweisung eines Befehlsgesuchs                                    | 63 |
| 3.7.                                                  | Im kantonalen Rechtsmittelverfahren                                 | 64 |
|                                                       | 3.7.1. Allgemeines                                                  | 64 |
|                                                       | 3.7.2. Berufung                                                     | 67 |
|                                                       | 3.7.3. Beschwerde wegen Gesetzesverletzung                          | 67 |
|                                                       | 3.7.4. Revision                                                     | 68 |
| 4.                                                    | Kantonale Rechtsmittel gegen Prozessurteile<br><u>und Beurteile</u> | 69 |
| 4.1.                                                  | Berufung                                                            | 69 |
| 4.2.                                                  | Beschwerde wegen Gesetzesverletzung                                 | 71 |
|                                                       | 4.2.1. Vorbemerkungen                                               | 71 |
|                                                       | 4.2.2. Gegen Urteile                                                | 71 |
|                                                       | 4.2.3. Gegen Vorentscheide nach ZPO 105                             | 72 |
|                                                       | 4.2.4. Gegen die Kontumazierung                                     | 72 |
|                                                       | 4.2.5. Gegen die Abweisung eines Revi-<br>sionsbegehrens            | 73 |
| 4.3.                                                  | Andere                                                              | 73 |
| III. <u>VERFAHREN BEI ABWESENHEIT UND VERSAEUMNIS</u> |                                                                     |    |
| 1.                                                    | <u>Uebersicht</u>                                                   | 75 |
| 2.                                                    | <u>Das Ediktalverfahren</u>                                         | 75 |

|          |                                                                 |    |
|----------|-----------------------------------------------------------------|----|
| 2.1.     | Vorbemerkungen                                                  | 75 |
| 2.2.     | Voraussetzungen                                                 | 76 |
| 2.2.1.   | Unbekannter Aufenthalt                                          | 76 |
| 2.2.2.   | Im Ausland wohnende Partei ohne<br>Rechtsdomizil in der Schweiz | 77 |
| 2.2.3.   | Verweigerung der Vermittlung<br>durch ausländische Behörden     | 77 |
| 2.3.     | Verfahren                                                       | 78 |
| 2.4.     | Die Folgen ungerechtfertigter<br>Ediktalzititation              | 79 |
| 3.       | <u>Das Kontumazverfahren</u>                                    | 80 |
| 3.1.     | Voraussetzungen                                                 | 80 |
| 3.1.1.   | Gehörige Vorladung der Parteien                                 | 80 |
| 3.1.2.   | Ordentliches Verfahren                                          | 80 |
| 3.1.3.   | Ausbleiben einer Partei                                         | 80 |
| 3.1.4.   | Nichtvertröstung                                                | 81 |
| 3.2.     | Verfahren                                                       | 81 |
| 3.2.1.   | Prüfung der Prozessvoraussetzungen<br>und -hindernisse          | 81 |
| 3.2.2.   | Ausbleiben beider Parteien                                      | 82 |
| 3.2.3.   | Respektstunde                                                   | 82 |
| 3.2.4.   | Urteilsfällung                                                  | 83 |
| 3.3.     | Die Möglichkeiten zur Aufhebung des<br>Kontumazurteils          | 83 |
| 3.3.1.   | Aufhebungsgesuch                                                | 84 |
| 3.3.1.1. | Vorbemerkung                                                    | 84 |
| 3.3.1.2. | Voraussetzung                                                   | 85 |

|          |                                                                 |     |
|----------|-----------------------------------------------------------------|-----|
| 3.3.1.3. | Wirkungen der Aufhebung                                         | 85  |
| 4.       | <u>Die Erstreckung und Wiederherstellung von Fristen</u>        | 87  |
| 4.1.     | Vorbemerkungen                                                  | 87  |
| 4.2.     | Erstreckung                                                     | 88  |
| 4.3.     | Wiederherstellung                                               | 88  |
| 4.3.1.   | Vorbemerkungen                                                  | 88  |
| 4.3.2.   | Unmöglichkeit ("Hindernis")                                     | 90  |
| 4.3.3.   | Verschulden                                                     | 92  |
| 4.3.4.   | Irrtum                                                          | 95  |
| IV.      | <u>DAS KANTONALRECHTLICHE VOLLZUGSVERFAHREN</u>                 |     |
| 1.       | <u>Abgrenzung</u>                                               | 97  |
| 1.1.     | Vom Vollzug anderer Entscheide als rechtskräftiger Zivilurteile | 97  |
| 1.2.     | Vom vorausgehenden Zivilprozess                                 | 98  |
| 1.3.     | Vom Verfahren nach SchKG                                        | 99  |
| 1.4.     | Vom vormundschaftlichen Verfahren                               | 100 |
| 2.       | <u>Der Vollstreckungstitel</u>                                  | 101 |
| 2.1.     | Vorbemerkungen                                                  | 101 |
| 2.2.     | Sachurteile bündnerischer und eidgenössischer Gerichte          | 101 |
| 2.3.     | Schiedssprüche bündnerischer Schiedsgerichte                    | 102 |

|            |                                                |     |
|------------|------------------------------------------------|-----|
| 2.4.       | Ausserkantonale Titel                          | 102 |
| 2.4.1.     | Schweizerische                                 | 102 |
| 2.4.2.     | Ausländische                                   | 104 |
| 3.         | <u>Verfahren</u>                               | 106 |
| 3.1.       | Verfahrensablauf                               | 106 |
| 3.2.       | Urteile auf Abgabe einer Willenserklärung      | 108 |
| 3.3.       | Andere Fälle                                   | 108 |
| 3.3.1.     | Zuständigkeit                                  | 108 |
| 3.3.2.     | Amtsbefehl                                     | 109 |
| 3.3.3.     | Folgen der Renitenz                            | 110 |
| 3.3.3.1.   | Der Vollzug i.e.S.                             | 110 |
| 3.3.3.1.1. | Anwendung von<br>Polizeigewalt                 | 110 |
| 3.3.3.1.2. | Ersatzvornahme                                 | 111 |
| 3.3.3.1.3. | Taxation                                       | 111 |
| 3.3.3.1.4. | Uebertragung von Eigen-<br>tum an Grundstücken | 113 |
| 3.3.3.1.5. | Wahl des Vollstreckungs-<br>mittels            | 113 |
| 3.3.3.2.   | Straf- und Kostenfolge                         | 114 |
| 4.         | <u>Rechtsbehelfe gegen den Vollzug</u>         | 114 |
| 4.1.       | Einreden während des Verfahrens                | 114 |
| 4.2.       | Beschwerde                                     | 116 |
|            | FUSSNOTEN                                      | 118 |

L I T E R A T U R V E R Z E I C H N I S

- |                                  |                                                                                                                                                                  |
|----------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Akeret, Gustav                   | Das Versäumnisverfahren<br>im Zivilprozessrecht, ZH<br>Diss. 1934.                                                                                               |
| Berther, Anton                   | Prozessvoraussetzungen<br>im Bündnerischen Zivilpro-<br>zessrecht, FR Diss. 1955.                                                                                |
| Birchmeier, Wilhelm              | Handbuch des Bundesgesetzes<br>über die Organisation der<br>Bundesrechtspflege, Zürich<br>1950                                                                   |
| Bühler, Walter/<br>Spühler, Karl | Kommentar zum ZGB, Art.<br>137-158, Bern 1980 (zit.<br>Bühler/Spühler).                                                                                          |
| Caflisch, J.B.                   | Kommentar zur bündneri-<br>schen Zivilprozessordnung<br>vom 1. Juni 1871, Chur 1891.                                                                             |
| Caliezi, Raymond                 | Der Einspruch gegen das<br>Versäumnisurteil im Zivil-<br>prozess, ZH Diss. 1968.                                                                                 |
| Diem, Peter                      | Das Vollzugsverfahren nach<br>der st.gallischen Zivil-<br>prozessordnung von 1939,<br>ZH Diss. 1947                                                              |
| Diener, Hans-Martin              | Die versäumte Parteihandlung<br>und ihre Nachholung nach<br>st.gallischem Zivilprozess-<br>recht, ZH Diss., Winterthur 1976.                                     |
| Domenig, Johannes Ernst          | Die Verhütung widersprechender<br>Zivilurteile, insbesondere<br>durch den Gerichtsstand des<br>Sachzusammenhangs, ZH Diss.,<br>Aarau 1954.                       |
| Dubs, Jürg                       | Die Prozessüberweisung im zür-<br>cherischen Zivilprozessrecht<br>unter Berücksichtigung der Re-<br>gelungen anderer Kantone und<br>des Auslands, ZH Diss. 1981. |

- Eichenberger, Kurt      Beiträge zum Aargauischen Zivilprozessrecht, Aarau 1949.
- Ernst, Max      Beschleunigtes und summarisches Verfahren nach bündnerischem Zivilprozessrecht, BE Diss. 1965.
- Frank, Richard      Gerichtswesen und Prozessverlauf z.B. im Kanton Zürich, Zürich 1980.
- Fritzsche, Hans      Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, 2.A., Zürich 1975.
- Guldener, Max      Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3.A., Zürich 1979 (zit. Guldener).
- ders., Das internationale und interkantonale Zivilprozessrecht der Schweiz, Zürich 1951, mit Supplement 1951 (zit. Guldener, IZPR).
- Guyan, Hans      Verhandlungsmaxime und Officialmaxime im Bündnerischen Zivilprozess, BE Diss., Winterthur 1966.
- Habscheid, Walther J.      Droit judiciaire privé Suisse, 2.A., Genève 1981.
- ders., Grundlagen des schweizerischen Zivilprozessrechtes, Basel 1985.
- Hagger, Walter      Die Erläuterung im Schweizerischen Zivilprozessrecht unter besonderer Berücksichtigung des Kantons Zürich, ZH Diss. 1982.
- Haubensak, Urs      Die Zwangsvollstreckung nach der zürcherischen Zivilprozessordnung, ZH Diss. 1975.
- Haus, Otto      Der Streitgegenstand im schweizerischen Zivilprozess, ZH Diss. 1981.
- Hauser, Willy/  
Hauser, Robert      Erläuterungen zum Gerichtsverfassungsgesetz des Kantons Zürich, 3.A., Zürich 1978 (zit. Hauser/Hauser).

- Heusler, Andreas      Der Zivilprozess der Schweiz,  
Mannheim 1923.
- Hilty, Carl      Ueber den Zivilprozess für Graubünden,  
Chur 1869.
- Hinderling, Hans      Das schweizerische Ehescheidungsrecht,  
Zürich 1979, mit Zusatzband,  
Zürich 1981.
- Homberger, Arthur      Zürcher Kommentar zum ZGB,  
Band IV.3., Art. 919-977,  
2.A., Zürich 1938.
- Jörger, Robert      Der Leitschein im bündnerischen  
Zivilprozess, ZH Diss., Chur 1960.
- Issler, Rainer      Die Kautionspflicht im schweizerischen  
Zivilprozessrecht, ZH Diss.,  
Affoltern a.A. 1967.
- Kamber, Rio      Das Zustellwesen im schweizerischen  
Zivilprozess, ZH Diss.,  
Winterthur 1957.
- Kluser, Othmar      Das Aufrufsverfahren, ZH Diss.  
1980.
- Kummer, Max      Grundriss des Zivilprozessrechts,  
3.A., Bern 1978 (zit. Kummer).  
  
ders., Das Klagerecht und die  
materielle Rechtskraft im schweizerischen  
Recht, Bern 1954 (zit. Kummer,  
Klagerecht).
- Lanz, Richard      Das Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit  
vom 27. März 1969, ZH Diss. 1971.
- Leutenegger, Jürg Willi      Berufung und Beschwerde wegen  
Gesetzesverletzung nach bündnerischem  
Zivilprozessrecht, BS Diss. 1979.
- Liver, Peter      Die Graubündner Kantonsverfassung  
des Jahres 1854, Bern 1954.  
  
ders., Die staatliche Entwicklung  
im alten Graubünden, in Zeitschrift  
für schweizerische Geschichte 13,  
1933.

- Mattmann, Fritz      Die Anspruchs- und Klagerechts-  
verwirkung aus prozessualen  
Gründen in den schweizerischen  
Zivilprozessgesetzen, FR Diss.,  
Winterthur 1963.
- Meier-Hayoz, Arthur      Berner Kommentar zum ZGB  
Art. 655-679, Bern 1974.
- Messerli, Peter      Die Vollstreckung des Urteils  
auf Abgabe einer Willenserklärung  
nach Art. 407/408 der Bernischen  
Zivilprozessordnung, ASR Heft  
480, Bern 1983.
- Neumann, Frank      Die Rangordnung der Prozessvor-  
aussetzungen und Prozesshinder-  
nisse im Zivilprozess, Diss.,  
Berlin 1965.
- Nussbaumer, Thomas      Ausgewählte Rechtsbehelfe der  
Glarner Zivilprozessordnung,  
ZH Diss. 1980.
- Ottomann, Rudolf      Die Aktiengesellschaft als Partei  
im schweizerischen Zivilprozess,  
ZH Diss. 1976.
- Pieth, Friedrich      Bündner Geschichte, Chur 1945
- von Planta, Peter  
Conradin      Geschichte von Graubünden,  
Bern 1894.
- Raschein, Rolf      Bericht und Vorentwurf für eine  
Reform der bündnerischen  
Gerichtsorganisation vom  
25.4.1975.
- Rascher, Otto      Das Contumazial-Verfahren in der  
schweizerischen Civilprozess-  
Gesetzgebung, ZH Diss. 1899.
- Rehli, Rudolf      Das Befehlsverfahren nach bünd-  
nerischem Recht, insbesondere  
sein Anwendungsbereich, ZH  
Diss. 1977.
- Ritter, Peter Ulrich      Die Wiederherstellung versäum-  
ter Fristen und Tagfahrten nach  
schweizerischem Zivilprozess-  
recht, ZH Diss., Bern 1962.

- Rüede, Thomas/  
Hadenfeldt, Reimer Schweizerisches Schiedsgerichts-  
recht, Zürich 1980  
(zit. Rüede/Hadenfeldt).
- Salzgeber, Hans Peter Die richterliche Prozessleitung  
und die Stellung des Gerichts-  
präsidenten in Zivilsachen nach  
bündnerischem Recht, ZH Diss.,  
Schiers 1964.
- Schmid, Johann Martin Materielle Wahrheit und Eventual-  
maxime im bündnerischen Zivilpro-  
zessrecht unter besonderer Be-  
rücksichtigung des Novenrechts,  
Diss. 1975.
- Schurter, Emil/  
Fritzsche, Hans Das Zivilprozessrecht der  
Schweiz, Zürich 1924-1933  
(zit. Schurter/Fritzsche).
- Schwarz, Robert Bündner Gerichtsorganisation,  
Entwicklung - Heutige Situation -  
Reformwünsche, in Aktuelle Bei-  
träge zum Bündnerischen Recht,  
Chur 1982.
- ders., Die Gerichtsorganisation  
des Kantons Graubünden von 1803  
bis zur Gegenwart, Chur 1946.
- Seiler, Wolf Einige Neuerungen der ZPO von  
1954. Unveröffentlichter Vortrag,  
aufgelegt in der Kantonsgerichts-  
bibliothek in Chur.
- Siegrist, Karl Probleme aus dem Gebiete der  
Realexekution, ZH Diss., Winter-  
thur 1958.
- Soliva, Claudio Das Rechtsmittel der Revision im  
bündnerischen Zivilprozess,  
ZH Diss. 1959.
- Sträuli, Thomas Fehlerhafte Prozesshandlungen  
der Parteien und ihre Heilung im  
zürcherischen Zivilprozessrecht,  
ZH Diss., Winterthur 1966.
- Sträuli, Hans/  
Messmer, Georg Kommentar zur Zürcherischen  
Zivilprozessordnung, Zürich  
1976 (zit. Sträuli/Messmer).

- Vogel, Oscar      Auf dem Weg zu einem modernen Bündner Zivilprozess, in Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtsprechung in Graubünden (ZGRG) 3/84.
- von Tuhr/Escher      Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. 2, Zürich 1974.
- Vasalli, Mario      Die Unterlassung von Prozesshandlungen durch die Parteien im zürcherischen Zivilprozess, ZH Diss., Winterthur 1963.
- Walder-Bohner, Hans Ulrich      Das schweizerische Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit, Zürich 1982 (zit. Walder, Konkordat).
- ders., Die Offizialmaxime, Zürich 1973 (zit. Walder, Offizialmaxime).
- ders., Prozesserledigung ohne Anspruchsprüfung nach zürcherischem Recht, Zürich 1966 (zit. Walder, Prozesserledigung).
- ders., Tafeln zum Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, 2.A., Zürich 1978 (zit. Walder, Tafeln SchKG).
- ders., Tafeln zum Zivilprozessrecht, 2.A., Zürich 1982 (zit. Walder, Tafeln ZPR).
- ders., Zivilprozessrecht nach den Gesetzen des Bundes und des Kantons Zürich unter Berücksichtigung anderer Zivilprozessordnungen, 3.A., Zürich 1983 (zit. Walder).
- Weber, Hans Rudolf      Die Rechtshängigkeit und ihre Wirkungen im bündnerischen Zivilprozess, ZH Diss., Chur 1959.
- Wiget, Gregor      Die Durchsetzung von Ansprüchen aus synallagmatischen Verträgen nach zürcherischer Zivilprozessordnung, ZH Diss. 1980.

RECHTSQUELLEN, MATERIALIEN

Offizielle Gesetzessammlung von Graubünden,  
1803-1813 (OGS).

Ämtliche Gesetzessammlung von Graubünden,  
1860 ff. (AGS).

Bereinigte Gesetzessammlung des Kantons Graubünden,  
Stand 1. Juli 1957, sog. Bündner Rechtsbuch (aRB).

Bündner Rechtsbuch, 6 Bände, erscheint seit 1975  
als bereinigte Sammlung nach der Systematik der Ge-  
setzessammlung des Bundes (BR).

Botschaften des Kleinen Rates an den Grossen Rat,  
(Botsch.KR).

Protokolle des Grossen Rates von Graubünden,  
(GR Prot).

Abschiede des Grossen Rates.

Verfassung für den Kanton Graubünden vom 2. Oktober  
1892 (KV).

Gesetz über das Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreit-  
igkeiten, in Kraft seit 1. März 1855 (ZPO 1855).

Gesetz über das Verfahren in bürgerlichen Rechtssachen,  
in Kraft seit 1. Juni 1871 (ZPO 1871).

Gesetz über das Verfahren in bürgerlichen Rechtssachen,  
in Kraft seit 1. Januar 1908 (ZPO 1908).

Zivilprozessordnung des Kantons Graubünden vom 20. Juni  
1954, in Kraft seit 1. Januar 1955 (ZPO 1955).

Zivilprozessordnung des Kantons Graubünden vom 1. Dezember  
1985, in Kraft seit 1. Januar 1986 (ZPO).

Einführungsgesetz zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch  
vom 5. März 1944 (EG ZGB).

Gerichtsverfassungsgesetz vom 24. September 1978 (GVG).

Ausführungsverordnung zum Schweizerischen Obligationen-  
recht vom 18. November 1950 (GAV OR).

Ausführungsverordnung zum Bundesgesetz über Schuldbe-  
treibung und Konkurs vom 23. November 1954 (GAV SchKG).

ENTSCHEIDSAMMLUNGEN

Rekurspraxis des Kleinen und Grossen Rates von Graubünden, 1894-1970, 8 Bände (RPR).

Die Praxis des Kantonsgerichts von Graubünden, 1942-1982 (PKG).

Praxis des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden, 1969-1982 (PVG).

Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (BGE).

Die Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts, Basel 1912 ff. (Pra).

ABKUERZUNGSVERZEICHNIS

|            |                                                                              |
|------------|------------------------------------------------------------------------------|
| A.         | = Auflage                                                                    |
| a.A.       | = anderer Ansicht                                                            |
| a.a.O.     | = am angeführten Orte                                                        |
| Abs.       | = Absatz                                                                     |
| AG         | = Aktiengesellschaft                                                         |
| allg.      | = allgemein                                                                  |
| a.M.       | = anderer Meinung                                                            |
| Anm.       | = Anmerkung                                                                  |
| Art.       | = Artikel                                                                    |
| AS         | = Amtliche Sammlung der Bundesgesetze<br>und Verordnungen                    |
| AV         | = Ausführungsverordnung                                                      |
| Bd.        | = Band                                                                       |
| BE         | = Bern                                                                       |
| BG         | = Bundesgesetz                                                               |
| BGE        | = Amtliche Sammlung der Entscheidungen<br>des schweizerischen Bundesgerichts |
| BGer       | = Bundesgericht                                                              |
| Botsch. KR | = Botschaften des Kleinen Rates bzw.<br>Regierungsrates an den Grossen Rat   |
| BR         | = Rechtsbuch des Kantons Graubünden                                          |
| BS         | = Basel                                                                      |
| Bsp.       | = Beispiel                                                                   |
| BV         | = Bundesverfassung                                                           |
| BZP        | = BG über den Bundeszivilprozess vom<br>4.12.1947                            |
| bzw.       | = beziehungsweise                                                            |

|          |                                                         |
|----------|---------------------------------------------------------|
| ders.    | = derselbe (Autor)                                      |
| d.h.     | = das heisst                                            |
| Diss.    | = Dissertation                                          |
| E        | = Erwägung                                              |
| EG ZGB   | = Einführungsgesetz zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch |
| f.       | = und folgende Seite                                    |
| ff.      | = und folgende Seiten                                   |
| FN       | = Fussnote                                              |
| FR       | = Freiburg                                              |
| G        | = Gesetz                                                |
| GAV      | = Grossrätliche Ausführungsverordnung                   |
| GR Prot. | = Protokoll des Grossen Rates                           |
| GVG      | = Gerichtsverfassungsgesetz                             |
| GVV      | = grossrätliche Vollziehungsverordnung                  |
| i.e.S.   | = im engeren Sinne                                      |
| i.f.     | = in fine                                               |
| insbes.  | = insbesondere                                          |
| in Verb. | = in Verbindung                                         |
| i.S.     | = in Sachen                                             |
| i.w.S.   | = im weiteren Sinne                                     |
| KA       | = Kreisamt                                              |
| KGA      | = Kantonsgerichtsausschuss                              |
| KGer     | = Kantonsgericht                                        |
| Konk.    | = Konkordat                                             |
| Kons.    | = Konsorten                                             |
| Kt.      | = Kanton                                                |

|       |                                                                                                 |
|-------|-------------------------------------------------------------------------------------------------|
| KUVG  | = BG über die Kranken- und Unfallversicherung vom 13.6.1911, aufgehoben durch UVG vom 20.3.1981 |
| KV    | = Kantonsverfassung                                                                             |
| KVG   | = BG über die Krankenversicherung vom 13.6.1911                                                 |
| m.E.  | = meines Erachtens                                                                              |
| MVG   | = BG über die Militärversicherung vom 20.9.1949                                                 |
| N     | = Note                                                                                          |
| Nr.   | = Nummer                                                                                        |
| OG    | = BG über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16.12.1943                                |
| OR    | = Schweizerisches Obligationenrecht                                                             |
| OW    | = Obwalden                                                                                      |
| PKG   | = Praxis des Kantonsgerichts von Graubünden                                                     |
| Pra.  | = Praxis des schweizerischen Bundesgerichts                                                     |
| Prot. | = Protokoll                                                                                     |
| PVG   | = Praxis des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden                                         |
| RPR   | = Rekurspraxis des Kleinen und Grossen Rates von Graubünden                                     |
| S.    | = Seite                                                                                         |
| s.    | = siehe                                                                                         |
| SchKG | = BG über Schuldbetreibung und Konkurs                                                          |
| SH    | = Schaffhausen                                                                                  |
| SJZ   | = Schweizerische Juristen-Zeitung                                                               |
| sog.  | = sogenannt                                                                                     |
| SR    | = systematische Sammlung des Bundesrechts                                                       |

|              |                                                                                |
|--------------|--------------------------------------------------------------------------------|
| StPO         | = Gesetz über die Strafrechtspflege                                            |
| Suppl.       | = Supplement                                                                   |
| SZ           | = Schwyz                                                                       |
| TI           | = Tessin                                                                       |
| u.           | = und                                                                          |
| u.ä.         | = und ähnliches                                                                |
| u.a.m.       | = und anderes mehr                                                             |
| überarb.     | = überarbeitet                                                                 |
| UR           | = Uri                                                                          |
| u.U.         | = unter Umständen                                                              |
| UVG          | = BG über die Unfallversicherung vom 20.3.1981                                 |
| UWG          | = BG über den unlauteren Wettbewerb vom 30.9.1943.                             |
| v.a.         | = vor allem                                                                    |
| VE           | = Entwurf für eine Teilrevision der bündnerischen ZPO vom 23.9.1982            |
| VD           | = Waadt                                                                        |
| vergl., vgl. | = vergleiche                                                                   |
| VGG          | = Verwaltungsgerichtsgesetz                                                    |
| Vo           | = Verordnung                                                                   |
| VVG          | = G über das Verfahren in Verwaltungs- und Verfassungssachen                   |
| z.B.         | = zum Beispiel                                                                 |
| z.G.         | = zu Gunsten                                                                   |
| ZGB          | = Schweizerisches Zivilgesetzbuch                                              |
| ZGRG         | = Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtsprechung in Graubünden, Chur 1981 ff. |

|       |                                            |
|-------|--------------------------------------------|
| ZH    | = Zürich, zürcherisch                      |
| Ziff. | = Ziffer                                   |
| zit.  | = zitiert                                  |
| z.T.  | = zum Teil                                 |
| ZPO   | = Zivilprozessordnung                      |
| ZPR   | = Zivilprozessrecht                        |
| ZSR   | = Zeitschrift für Schweizerisches<br>Recht |



# I . G E S C H I C H T L I C H E   E N T W I C K - L U N G   U N D   G R U N D S A E T Z L I C H E W E S E N S Z U E G E   D E S   B U E N D N E R Z I V I L P R O Z E S S E S

---

## 1. DIE GESCHICHTLICHE ENTWICKLUNG ZUM HEUTIGEN ZIVIL- PROZESS<sup>1</sup>

Für das Verständnis des heutigen Rechtszustandes in der Bündner Zivilgerichtsbarkeit ist ein kurzer Rückblick auf deren geschichtliche Entwicklung unumgänglich. Im Rahmen dieser Arbeit kann es sich dabei aber bloss um einen summarischen Ueberblick, eine Zusammenfassung der wesentlichen, im Laufe der Zeit vollzogenen Entwicklungsschritte handeln.

### 1.1. Freistaat Gemeiner Drei Bünde (1544-1798)

1524 schlossen sich der Gotteshausbund, der Obere Bund und der Zehngerichtebund - alles Bünde von Gemeinden, die sich aus feudalistischen Bindungen gelöst hatten - zum Staatenbund Freistaat Gemeiner Drei Bünde zusammen. 1544 entstand daraus durch Erneuerung des Bundesvertrages ein Bundesstaat, dessen 52 Gerichtsgemeinden je eine eigene Gerichtsorganisation aufwiesen. Diese 52 Gerichtsgemeinden verfügten insgesamt über etwa 100 erstinstanzliche Zivilgerichte mit je ca. 10-19 vom Volk gewählten Richtern. Eine Oberinstanz kannte nur der Obere Bund in Form eines Appellationsgerichtes in Zivilsachen. Die Gerichtsgemeinden waren nicht nur auf dem Gebiete der Gerichtsorganisation, sondern auch in der Gestaltung des Zivilprozessverfahrens und sogar der Zivilrechtssetzung vollkommen autonom.

### 1.2. Helvetik (1798-1803)

Unter den französischen Besatzungsbehörden wurde der alte Freistaat während der Helvetik gegen seinen Willen als Kanton Rätien in den neu geschaffenen Einheitsstaat einverleibt. Unter anderem brachte diese Epoche eine neue Gerichtsorganisation, welche für die spätere Entwicklung von Bedeutung war.

Der Kanton wurde in 11 Distrikte mit insgesamt 177 Gemeinden gegliedert. In jeder Gemeinde wurde ein Friedensrichter mit Einzelrichterkompetenz gewählt. Aus diesen Friedensrichtern wurde von den Gemeindevorständen das Distriktsgericht bestellt. Gegen Urteile der Distriktsgerichte bestand bei genügendem Streitwert eine direkte Weiterzugsmöglichkeit an den obersten Helvetischen Gerichtshof.

### 1.3. Mediationsverfassung (1803)

Am 19. Februar 1803 ist der neugeschaffene Kanton Graubünden in die Schweizerische Eidgenossenschaft aufgenommen worden und hat er eine Verfassung erhalten, die Mediationsverfassung. Diese wurde dann 1814 durch die Kantonsverfassung abgelöst.

Bei der Gerichtsbarkeit wurden die Einflüsse der Helvetik teilweise beseitigt und insbesondere wieder die zahlreichen Gerichtsgemeinden eingeführt. Die wichtigste Neuerung stellte dabei das Kantonsoberappellationsgericht dar, welches auch als Schiedsgericht angerufen werden konnte. Ferner bestand seit 1803 das Handlungstribunal, welches 1816 durch die Transitkommission und 1839 durch das Handelsgericht ersetzt wurde. In verschiedenen Revisionen wurden sodann Vermittlungsämter mit Einzelrichterkompetenzen eingeführt sowie der Ausstand der Richter geregelt. Ebenfalls

aus jener Zeit rührt die Aufsicht des Grossen und Kleinen Rates über das Justizwesen, wobei insbesondere die Möglichkeit der Rechtsverzögerungs- und -verweigerungsbeschwerde an den letzteren entstand.

#### 1.4. Kantonsverfassung (1854)

Die Kantonsverfassung von 1854 brachte die entscheidende Reform des Justizwesens. Unter Conradin von Planta war bereits 1841 der Reformverein ins Leben gerufen worden. Im Jahre 1846 wurde dessen Verfassungsentwurf dem Grossen Rat vorgelegt und am 1. Februar 1854 in Kraft gesetzt.

Die revidierte Kantonsverfassung brachte die Neueinteilung des Kantons in 229 Gemeinden, 39 Kreise und 14 Bezirke. Die 39 Kreise umfassten im wesentlichen die Gebiete der alten Gerichtsgemeinden, die Gebietsabgrenzungen der Bezirke wurden nach dem Vorbild der Distriktseinteilung zur Zeit der Helvetik vorgenommen, wobei jedoch geographische und sprachliche Gegebenheiten Berücksichtigung fanden. Als weitere wichtige Neuerung wurde eine einheitliche Gerichtsorganisation für den Kanton erlassen, welche unter anderem die direkte Volkswahl für die Vermittler und die Kreisgerichte vorsah, während die Bestellung eines Bezirksgerichtes je Bezirk durch Wahlmänner erfolgen sollte. Ebenfalls neu war das Kantonsgericht, welches aus 9 durch den Grossen Rat gewählten Richtern bestand und das frühere Kantons- oberappellationsgericht sowie das Kriminalgericht ersetzte.

#### 1.5. Gesetz über das Verfahren in bürgerlichen Rechts- streitigkeiten (1854/71)

Bis zum Jahre 1854 besass der Kanton Graubünden keine einheitliche Zivilprozessordnung. Vor Kantonsgericht galt die Oberappellationsordnung, vor den übrigen Zivilgerichten wurde nach den alten Statutarrechten und Gewohnheitsrechten verfahren. 1819 erschien die "Kurzgefasste Anleitung zum gerichtlichen Verfahren in Bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten", die vom damaligen Kanzleidirektor C.C. Wredow ausgearbeitet worden war und sich eng an das damalige Gewohnheitsrecht hielt.

Unter dem Präsidium des Peter Conradin von Planta arbeitete dann eine Vorberatungskommission das "Gesetz über das Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten" aus. Gesetzesredaktor war Bundesstatthalter Johann Andreas von Sprecher. Dieses Gesetz, welches am 1. März 1855 in Kraft trat, beinhaltete eine Anpassung an die durch die Verfassung geänderte Gerichtsorganisation. Zugleich stellte es die erste Zivilprozessordnung dar, welche vor allen Zivilgerichten des Kantons Geltung besass. Dabei hielt sich der Gesetzesredaktor streng an die Grundsätze der Verhandlungs- und Eventualmaxime (Art. 98 ff.) und sah er eine Beschränkung des ganzen Prozesses auf eine einzige mündliche Verhandlung vor. Dies führte allerdings dazu, dass sich die Prozesse wegen neuen Beweisanträgen oftmals stark in die Länge zogen.

Trotz der wesentlichen Neuerungen blieb das Gesetz von 1854 stark verbesserungsbedürftig. Unter Peter Conradin von Planta wurde eine Teilrevision vorgenommen, deren wesentlicher Zweck in der ökonomischeren Ausgestaltung des Verfahrens lag. Dazu wurde für das Beweisverfahren, welches bis anhin anlässlich der Hauptverhandlung stattfand, ein schriftliches Vorverfahren eingeführt. Dieses revidierte Gesetz trat am 20. Juni 1871 in Kraft.

Den parallel zur Revision vorgenommenen Anstrengungen zur Herabsetzung der Anzahl Bezirke und Kreise war kein Erfolg beschieden.

#### 1.6. Revision von 1907

Im Jahre 1896 beschloss der Grosse Rat eine Teilrevision des Gesetzes über das Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten von 1854. Gegenstand dieser Revision bildete im wesentlichen wiederum die Rationalisierung sowie die Verbilligung des Verfahrens. Zu diesem Zwecke wurde die Zivilgerichtsbarkeit der Kreisgerichte aufgehoben und den Bezirksgerichtsausschüssen übertragen. Weitere Massnahmen bestanden in der Vereinfachung der Rechtsmittel sowie der Erhöhung der Streitwertgrenzen. Im Bestreben nach erhöhter Rechtssicherheit wurde zudem die geheime Zeugeneinvernahme abgeschafft. Dies bildeten die wichtigsten Aenderungen in der beinahe die Hälfte aller Artikel umfassenden Revision von 1907. Allerdings erwies sich diese unter dem Präsidium von Nationalrat Johann Schmid durchgeführte Teilrevision als eine eher unglückliche Verbindung zwischen Altem und Neuem, welche nicht lange von Bestand sein konnte. Hinzutrat, dass das kurz nach Inkraftsetzung der revidierten ZPO (1908) eingeführte ZGB neuerdings Anpassungen erforderte. Bereits im Jahre 1915 wurde durch die "Grossrätliche Kommission zur Vorberatung und Berichterstattung über die Kleinrätliche Vorlage betreffend Ineinklangsetzung der ZPO mit dem ZGB" festgestellt, die Revision der ZPO sollte nicht länger hinausgeschoben werden, als es die obwaltenden speziellen Verhältnisse verlangten. Der Ruf nach einer erneuten Revision kam aber auch von den Gerichten, den Anwälten und der Wissenschaft. Im Jahre 1926 wurde Ständerat Dr. G. Willi mit der Ausarbeitung eines Gesetzesentwurfes beauftragt. Am 1. Dezember 1937 wurde der in Zusammenarbeit mit der Expertenkommission erarbeitete Entwurf vom

Grossen Rat in erster Lesung einstimmig angenommen. Die beschlossenen Neuerungen, insbesondere die vorgesehene Reduktion der Bezirke auf 6, erwiesen sich jedoch als derart grundlegend, dass das Revisionswerk schliesslich steckenblieb und das Gesetz nie in Kraft trat.

### 1.7. Entstehungsgeschichte der ZPO vom 1.1.1955

1944 setzte der Kleine Rat eine Kommission zur Ausarbeitung eines Entwurfes für eine Partialrevision der ZPO ein. Nach der Erkenntnis, dass auf dem Wege der Teilrevision keine vernünftige Lösung zu finden wäre, wurde der erste Teilrevisionsentwurf durch eine erweiterte Expertenkommission im Sinne einer Totalrevision überarbeitet. Die wichtigsten Aenderungen bestanden in der Anpassung der sachlichen Zuständigkeit der Gerichte an den veränderten Geldwert sowie im Ausbau der Institution des Einzelrichters. Nach dreijähriger gründlicher Detailberatung erfolgte am 20. Juni 1954 die Annahme der neuen ZPO durch das Volk, und am 1. Januar 1955 trat diese in Kraft.

### 1.8. Seitherige Revisionen

Eine erste Revision (1966) betraf den Fristenlauf an Samstagen, ZPO 74 Abs. 4. Sodann erfolgte 1975 der Beitritt zum Schiedsgerichtsbarkeitskonkordat<sup>2</sup>, durch welches ZPO 159 ff. ersetzt worden sind. Weitere Aenderungen betrafen die Erweiterung der richterlichen Disziplinarbefugnisse, die Erhöhung von Streitwertgrenzen und Kostenansätzen, die Abschaffung des Sühneversuchs anlässlich der Hauptverhandlung im beschleunigten Verfahren sowie die Zulassung der Fotokopie als Beweismittel.

Im übrigen erforderten Aenderungen oder der Erlass anderer Gesetze Anpassungen, so namentlich an das GVG von 1978.

### 1.9. Die ZPO vom 1.12.1985

Am 1. Dezember 1985 hat das Bündner Volk eine Teilrevision der ZPO beschlossen, welche am 1. Januar 1986 in Kraft getreten ist. Dabei erfuhr die ZPO nebst diversen materiellen Aenderungen eine Neunumerierung. Die wesentlichen materiellen Revisionspunkte waren:

- Einführung der Möglichkeit zur Abhaltung von Referentenaudienzen
- Einführung der Möglichkeit zur Abhaltung von Gerichtsverhandlungen über materiell-rechtliche Teilfragen
- Aufhebung der zwingenden Vorschrift zur Durchführung eines zweiten Schriftenwechsels
- Verschärfung der Voraussetzungen für die Wiederaufnahme des Verfahrens
- Abschaffung der Zeugenablehnungsgründe
- Uebergang der Rechtshilfe vom Kreis- auf den Bezirksgerichtspräsidenten
- Lockerung des Litiskontestationsprinzips, indem bei Veräusserung des Streitgegenstandes der Parteiwechsel unter bestimmten Voraussetzungen zulässig erklärt wird, wobei die Veräusserung vom Gerichtspräsidenten vorgängig sanktioniert werden muss
- Möglichkeit zur Beantragung der Einvernahme von Zeugen und der Anordnung von Editionen nach Abschluss des Schriftenwechsels, wenn diese Beweismittel dem Gesuchsteller ohne sein Verschulden erst durch das Beweisverfahren bekannt geworden sind
- Zulässigkeit des Hinweis auf die anzuwendenden Ge-

- setzesbestimmungen in den Rechtsschriften
- Verpflichtung der Parteien, im Prozess nach Treu und Glauben zu handeln, sowie deren Verpflichtung zur Wahrheit
  - Anpassung der Bestimmungen über die besonderen Gerichtsstände entsprechend den Erkenntnissen von Lehre und Rechtsprechung
  - Erweiterung der sachlichen Zuständigkeit des Bezirksgerichtspräsidenten für Streitigkeiten bis zu Fr. 5000.--
  - Aufhebung der dem Gemeinen Recht entstammenden starren Beweisregeln, indem die Verweigerung einer Edition durch eine Partei wie auch das Ausbleiben einer Partei zur Beweisaussage durch das Gericht neu nach freier Ueberzeugung gewürdigt werden
  - Einführung der Möglichkeit zur Einholung schriftlicher Auskünfte durch den Richter
  - Klarere Regelung des Befehlsverfahrens

## 2. DIE ORGANE DER BUENDNER ZIVILRECHTSPFLEGE UND DEREN SACHLICHE UND FUNKTIONELLE ZUSTAENDIGKEIT

### 2.1. Rechtsquellen

Art. 2 Ziff. 3. lit.a der Kantonsverfassung unterstellt organisatorische Gesetze sowie solche über das gerichtliche Verfahren in Zivilsachen der Volksabstimmung. Im siebten Abschnitt hält die Kantonsverfassung sodann selbst die Grundlagen der Gerichtsorganisation fest. Die wichtigsten gesetzlichen Erlasse auf dem Gebiet der Zivilgerichtsbarkeit bilden die ZPO vom 1. Januar 1986<sup>3</sup> sowie das auch für andere Rechtsgebiete geltende GVG vom 24. September 1978<sup>4</sup>. Dieses enthält nebst den Bestimmungen über die Organisation<sup>5</sup> und die sachliche Zuständigkeit der Gerichte<sup>6</sup> namentlich gerichtsinterne Verfahrensvorschriften<sup>7</sup>, Ausstandsbestimmungen<sup>8</sup> sowie die Aufsichtsordnung über die Gerichtsbehörden<sup>9</sup> und die Rechtsanwälte<sup>10</sup>. Ueberdies finden sich Bestimmungen über die Organisation und Zuständigkeit der Gerichte in zahlreichen anderen Gesetzen und Verordnungen, namentlich in Ausführungserlassen zu Bundesgesetzen<sup>11</sup>.

### 2.2. Der Vermittler

#### 2.2.1. Der Vermittler als Friedensrichter

Die Kreise setzen die Anzahl der Vermittler sowie deren Stellvertreter fest und wählen sie aus ihrer Mitte<sup>12</sup>. Aufgabe dieser Instanz bildet in erster Linie die gütliche Beilegung der Streitsache<sup>13</sup>. ZPO 63 erklärt einen derartigen Sühneversuch als obligatorisch für sämtliche Streitigkeiten, welche in die Zuständigkeit des Bezirksgerichtes bzw. dessen Präsidenten oder Ausschusses fallen. Keiner

Vermittlung bedürfen indessen Klagen, welche erstinstanzlich durch das Kantonsgericht beurteilt werden, z.B. solche aus dem Immaterialgüterrecht<sup>14</sup>, sowie die ans Kantonsgericht prorogierten<sup>15</sup>.

Das Verfahren der Vermittlung ist ausführlich in ZPO 64 ff. geregelt. Misslingt der Schlichtungsversuch, wird der Leitschein ausgestellt, welcher die Prosequierung der Klage an die zuständige Instanz ermöglicht<sup>16</sup>.

Erwähnt sei noch, dass Klageanerkennung und Vergleich vor dem Friedensrichter, nicht aber Klagerückzug, die Wirkung eines rechtskräftigen Urteils erlangen<sup>17</sup>.

### 2.2.2. Der Vermittler als Einzelrichter

Der Vermittler besitzt auch richterliche Kompetenz. Er beurteilt unweiterzöglich<sup>18</sup> vermögensrechtliche Streitigkeiten bis zum Betrage von Fr. 1000.--<sup>19</sup>. Für das Verfahren gelten die Bestimmungen von ZPO 78-81.

### 2.3. Der Kreispräsident

Der Kanton Graubünden ist eingeteilt in 14 Bezirke, diese wiederum in einen bis fünf Kreise<sup>20</sup>. Die erstinstanzlichen richterlichen Kompetenzen sind auf Behörden des Kreises und solche des Bezirkes aufgeteilt.

Kreisbehörden sind der Kreispräsident<sup>21</sup> (in KV 48 "Landammann" und z.B. in ZPO 255 "Kreisamt" genannt) sowie das fünfköpfige Kreisgericht und der dreigliedrige Kreisgerichtsausschuss, denen der Kreispräsident vorsitzt. Zivilprozessuale Funktionen versieht indessen nur der Kreispräsident<sup>22</sup>. Ihm stehen namentlich folgende Kompetenzen

zen zu:

- Die Anordnung von Massnahmen und der Erlass von Verfügungen auf dem Gebiete des ZGB<sup>23</sup> und OR<sup>24</sup>, wobei nach der Praxis des Kantonsgerichtspräsidenten - vorbehältlich anderslautender Bestimmungen - der Kreispräsident auf dem Gebiete des Erb- und Sachenrechts, der Bezirksgerichtspräsident für Angelegenheiten des Personen- und Familienrechts zuständig ist.
- Die Durchführung des Befehlsverfahrens in den in ZPO 145 f. genannten Fällen sowie der Vollzug rechtskräftiger Zivilurteile nach ZPO 252 ff.<sup>25</sup>.
- Daneben besitzt der Kreispräsident eine Reihe von Kompetenzen im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht<sup>26</sup>. Es handelt sich dabei vor allem um die Beurteilung rein betreibungsrechtlicher Klagen und den Erlass einseitiger Verfügungen. Gewisse Aufgaben versteht in diesem Gebiet auch der Kreisgerichtsausschuss<sup>27</sup>, namentlich ist er untere Nachlassbehörde.
- Im übrigen erfüllen die Kreisämter verwaltungs- und strafrechtliche Funktionen.

## 2.4. Die Bezirksgerichte

Die Bezirksrichter werden mittels eines Wahldelegiertensystems gewählt<sup>28</sup>. Die Kompetenzordnung unterscheidet das Gesamtgericht, den Ausschuss sowie den Präsidenten als Einzelrichter<sup>29</sup>.

### 2.4.1. Der Bezirksgerichtspräsident als Einzelrichter

Er beurteilt nach ZPO 17 unweiterzüglich vermögensrechtliche Streitigkeiten im Betrage von Fr. 1000.-- bis Fr.

5000.--. Nach den verschiedenen Einführungserlassen versteht er weitere Funktionen:

- Die Anordnung von Massnahmen und den Erlass von Verfügungen auf einseitigen Antrag im Bereiche des ZGB<sup>30</sup>, wobei nach der Praxis des Kantonsgerichtspräsidenten - vorbehältlich anderslautender Bestimmungen - der Kreispräsident auf dem Gebiete des Erb- und Sachenrechts, der Bezirksgerichtspräsident für Angelegenheiten des Personen- und Familienrechts zuständig ist.
- Abschliessend aufgezählte Kompetenzen auf dem Gebiete des OR<sup>31</sup>.
- als Rekursinstanz gegen Amtsbefehle i.S. von ZPO 152.

#### 2.4.2. Der Bezirksgerichtsausschuss

Der Ausschuss besteht aus drei Richtern<sup>32</sup>. Er ist zunächst zuständig zur Beurteilung von vermögensrechtlichen Streitigkeiten mit Streitwert von Fr. 5000.-- bis Fr. 8000.--<sup>33</sup>. Ferner befindet er im Ausstand des Präsidenten<sup>34</sup> über Beschwerden gegen prozessleitende und vorsorgliche Präsidialverfügungen<sup>35</sup>, insbesondere solche gemäss ZPO 52 und 96. Aufgrund von Spezialerlassen ist der Ausschuss für folgende Angelegenheiten zuständig:

- für Adoption<sup>36</sup>
- als erstinstanzliche vormundschaftliche Aufsichtsbehörde<sup>37</sup>
- als Rechtsmittelinstanz für Entscheide der Kreispräsidenten und Kreisgerichtsausschüsse im Schuldbetreibungsrecht<sup>38</sup>.
- als obere Nachlassbehörde<sup>39</sup>.

### 2.4.3. Das Gesamtgericht

Als Gesamtkollegium in Fünferbesetzung<sup>40</sup> beurteilt das Bezirksgericht erstinstanzliche Streitigkeiten im Betrage von über Fr. 8000.-- sowie solche nichtvermögensrechtlicher Natur<sup>41</sup>. Bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten, die der Berufung ans Bundesgericht unterliegen, besteht die Möglichkeit zur Prorogation an das Kantonsgericht<sup>42</sup>. Ferner überträgt das EG zum ZGB dem Bezirksgericht die Behandlung gewisser Begehren und Klagen im Bereiche des Personenrechts<sup>43</sup>.

### 2.5. Das Kantonsgericht

Die Mitglieder des Kantonsgerichts werden vom Grossen Rat gewählt<sup>44</sup>. Es setzt sich zusammen aus einem Präsidenten und einem Vizepräsidenten im Vollamt sowie zehn nebenamtlichen Richtern<sup>45</sup>. Wie bei den Bezirksgerichten liegen die richterlichen Kompetenzen auch hier beim Präsidium, beim Ausschuss oder beim Gesamtkollegium.

#### 2.5.1. Der Kantonsgerichtspräsident

Er entscheidet als Einzelrichter über den Vollzug ausländischer Urteile<sup>46</sup> und (in ZPO 140 wird auf das Schiedsgerichtsbarkeitskonkordat verwiesen, und ZPO 141 - 144 enthalten Normen über die Zuständigkeiten und das Verfahren bei Schiedsstreitigkeiten) ist zuständig in den Fällen von ZPO 142 im Bereiche der Schiedsgerichtsbarkeit. Verschiedene Ausführungserlasse setzen ihm Kompetenzen als Rechtsmittelinstanz, so namentlich EG ZGB 5 und 8 Ziff. 3 sowie GAV OR 3 und 8 Abs. 2 (Rekurse gegen Verfügungen der Kreis- und Bezirksgerichtspräsidenten im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit nach ZGB und OR). Ferner erlässt der

Kantonsgerichtspräsident vorsorgliche Verfügungen gemäss ZPO 52 in den vor Kantonsgericht hängigen Verfahren. Ausserdem versieht er strafrechtliche Funktionen.

### 2.5.2. Der Kantonsgerichtsausschuss

Erstinstanzlich beurteilt der Kantonsgerichtsausschuss Streitigkeiten aus gewerblichem Rechtsschutz des Bundes und aus dem Bundesgesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und Kunst, vorbehältlich ihrer Verbindung mit der Strafklage, bis zum Streitwert von Fr. 8000.--<sup>47</sup> sowie solche aus dem Kartellrecht<sup>48</sup>. Hauptsächlich fungiert er jedoch als Rechtsmittelinstanz. Er beurteilt insbesondere:

- Beschwerden nach ZPO 261 ff.
- Rechtsöffnungsbeschwerden nach ZPO 265<sup>49</sup>
- Beschwerden gegen Entscheide des Bezirksgerichtsausschusses über Adoption und Vormundschaft<sup>50</sup>.

Ferner ist der Kantonsgerichtsausschuss einzige kantonale Aufsichtsbehörde gemäss Art. 13 SchKG<sup>51</sup>. Nach ZPO 141 stehen ihm sodann gewisse Kompetenzen im Bereiche der Schiedsgerichtsbarkeit zu. Die Zuständigkeit als kantonales Versicherungsgericht i.S. von KUVG 30bis bzw. MVG 55<sup>52</sup> wurde per 1. Januar 1984 aufgehoben und dem Verwaltungsgerecht übertragen<sup>53</sup>. Ueberdies versieht der Kantonsgerichtsausschuss strafrechtliche Funktionen.

### 2.5.3. Das Gesamtgericht

Auch das Kantonsgericht in Vollbesetzung besitzt gewisse erstinstanzliche Kompetenzen:

- es beurteilt Streitigkeiten aus gewerblichem Rechtsschutz des Bundes und aus dem Bundesgesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und Kunst, vorbehältlich ihrer Verbindung mit der Strafklage, mit einem Streitwert von mehr als Fr. 8000.--<sup>54</sup>.
- es ist einzige kantonale Instanz für gewisse Klagen wegen unlauteren Wettbewerbs<sup>55</sup> sowie für Entscheide i.S. des Bundesgesetzes über die Anlagefonds<sup>56</sup>.

Als Rechtsmittelinstanz beurteilt das Kantonsgericht sodann zivilrechtliche Berufungen i.S. von ZPO 218 ff. in Verbindung mit ZPO 19. Ebenso sind Rechtsverweigerungs- und Rechtsverzögerungsbeschwerden gegen sämtliche unteren Instanzen<sup>57</sup> beim Kantonsgericht zu erheben.

Ferner können vermögensrechtliche Streitigkeiten, die der Berufung ans Bundesgericht unterliegen, erstinstanzlich ans Kantonsgericht prorogiert werden<sup>58</sup>.

Letztlich stehen dem Kantonsgericht strafrechtliche Kompetenzen zu.

## 2.6. Weitere Organe der Zivilrechtspflege

Die Spezialgesetze betrauen weitere Instanzen mit zivilgerichtlichen Aufgaben. Die wichtigsten seien hier erwähnt:

- die StPO<sup>59</sup> stellt in den Art. 130 ff. das Institut der Adhäsionsklage zur Verfügung, mit welcher der Geschädigte eine zivilrechtliche Forderung vor dem Strafrichter geltend machen kann<sup>60</sup>.
- Die Vormundschaftsbehörde behandelt die ihr vom ZGB bzw. von EG ZGB 55 ff. zugewiesenen Fälle.

- Für das Schiedsgerichtswesen gelten im Kanton Graubünden das Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit<sup>61</sup> sowie ZPO 140-144.

### 3. UEBERBLICK UEBER DAS BUENDNER ZIVILPROZESSVERFAHREN

#### 3.1. Allgemeine Bemerkungen

Im folgenden soll eine Uebersicht über die wesentlichen Grundzüge der Bündner ZPO gegeben werden. Einzelne Gebiete bilden bereits Gegenstand von Dissertationen, sodass ein Hinweis auf die entsprechende Arbeit genügt. Zu den übrigen Themen werden nebst einer kurzen Einführung die wichtigsten Entscheide des Kantonsgerichts angeführt. In diesem Ueberblick nicht enthalten sind Ausführungen zu Problemen, welche in den folgenden Kapiteln eine eingehende Behandlung erfahren. Besondere Beachtung finden in diesem Kapitel Regelungen, die sich von dem in den Zivilprozessordnungen anderer Kantone üblichen unterscheiden oder von der herrschenden Lehrmeinung abweichen.

#### 3.2. Die Zuständigkeitsordnung<sup>62</sup>

Die örtliche Zuständigkeit ist geregelt in ZPO 6-15. Grundsätzlich gilt in Anlehnung an BV 59 der allgemeine Gerichtsstand am schweizerischen Wohnsitz des Beklagten<sup>63</sup>. Fehlt ein solcher, befindet sich der allgemeine Gerichtsstand nach den Bestimmungen von ZPO 7-9 am

- Aufenthaltsort des Beklagten
- Ort der Begründung von Verbindlichkeiten
- Heimatort

An besonderen Gerichtsständen kennt die Bündner ZPO bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen<sup>64</sup> diejenigen am

- Ort der gelegenen Sache<sup>65</sup>
- Ort der Betreibung, des Konkurses, des Nachlasses, des Arrestes<sup>66</sup> oder der Retention
- Ort der Tat<sup>67</sup> oder des Erfolgseintritts
- Ort der Hauptklage<sup>68</sup>
- Gerichtsstand der Vereinbarung<sup>69</sup>
- sowie an den Sondergerichtsständen nach der Spezialgesetzgebung

Bezüglich Prüfung der Zuständigkeit kann auf die späteren Ausführungen zu den Prozessvoraussetzungen verwiesen werden, die sachliche Zuständigkeit wurde in diesem Kapitel unter 2. oben behandelt.

### 3.3. Parteien

Prozess- und Parteifähigkeit sowie Stellvertretung werden im Kapitel über die Prozessvoraussetzungen behandelt. Streitgenossenschaft<sup>70</sup>, Streitverkündung und Nebenintervention<sup>71</sup> sind im Bündner Zivilprozess zulässig und in ZPO 28-34 geregelt, wobei sich die Rechtskraft des Urteils jedoch nur auf die Hauptparteien erstreckt, falls das Gericht auf Antrag der Parteien nicht auch den Rückgriffsanspruch des Streitverkünders gegenüber dem Eingerufenen entscheidet<sup>72</sup>. Dennoch ist der Litisdenunziat im Rückgriffsprozess, obwohl im Gesetzestext nicht mehr ausdrücklich erwähnt, mit Einreden und Beweismitteln, die er schon im Vorprozess hätte geltend machen können, wohl ausgeschlossen<sup>73</sup>. Im übrigen sind die Folgen der Streitverkündung oder ihrer Unterlassung materiellrechtlicher Natur<sup>74</sup>. Nicht vorgesehen ist indessen das Institut der Hauptintervention<sup>75</sup>. Ein Parteiwechsel ist nur in den Fällen von ZPO 31 und 35 Abs. 1, d.h. bei Uebernahme der Prozessführung durch den Litisdenunziaten bzw. bei Weiterführung des Prozesses durch die Erben einer Partei, sowie von

ZPO 36, wenn eine Partei das eingeklagte Recht einbüsst oder von der eingeklagten Verpflichtung frei wird, weil sie den Streitgegenstand mit Bewilligung des Gerichtspräsidenten i.S. von ZPO 51 Ziff. 3 während des Prozesses veräussert hat.

### 3.4. Rechtshängigkeit

Die "Streithängigkeit" tritt ein mit der Anmeldung der Klage beim Vermittler<sup>76</sup>, durch welche auch bundesrechtliche Klagefristen gewahrt werden, falls der Prozess nach Ausstellung des Leitscheines innert der 20-tägigen Frist ans Gericht prosequiert wird<sup>77</sup>. Wenn kein Sühneverfahren vorgesehen ist<sup>78</sup>, tritt die Streithängigkeit mit der schriftlichen oder protokollarischen Einreichung der Klage beim Richter ein. Wird dennoch eine freiwillige Sühneverhandlung vor dem Friedensrichter durchgeführt, begründet dies keine Rechtshängigkeit<sup>79</sup>.

Die Folgen der Streithängigkeit<sup>80</sup> sind in ZPO 51 umschrieben. Ziff. 1. hält den Grundsatz der perpetuatio fori<sup>81</sup> fest, wonach sich der Gerichtsstand nach den Verhältnissen zur Zeit des Eintritts der Rechtshängigkeit bestimmt. Ziff. 2 umschreibt das Prozesshindernis der Litispendenz.

Während in ZPO (1955) 65 Ziff. 2 die Veränderung des "Streitgegenstandes" (besser: "Streitobjektes"<sup>82</sup>) schlechthin verboten war, wird das strenge Litiskontestationsprinzip in ZPO 51 Ziff. 3 dahin gemildert, als die Veräusserung des Streitgegenstandes mit Bewilligung des Gerichtspräsidenten und damit verbunden ein Parteiwechsel im Sinne von ZPO 36 Abs. 1 zulässig sein soll. Wie in der ZPO von 1955 liegt der Zweck von ZPO 51 Ziff. 3 in der Erhaltung der Sachlage, wie sie bei der Anhängigmachung der Streitsache bestand. Insbesondere soll verhindert werden, dass

sich eine Partei aus der Veränderung der Streitsache einen Vorteil verschaffen kann<sup>83</sup>.

In der älteren Rechtsprechung wurde ZPO (1955) 65 Ziff. 2. dahin interpretiert, dass die Verletzung dieser Bestimmung durch den Beklagten unbeachtlich bleibe, er somit nach dem Zustand der Sachlage im Zeitpunkt des Eintritts der Litispendenz zu verurteilen sei, auch wenn die Sachlegitimation zur Zeit der Urteilsfällung nicht mehr bestehe. Dadurch konnte der Beklagte also zu einer Leistung verpflichtet werden, die er - z.B. zufolge zivilrechtlich gültiger Verfügung über das Streitobjekt - gar nicht mehr zu erbringen vermochte. Umgekehrt sollte die Handlung des Klägers beachtlich sein und demzufolge seine Klage gestützt auf ZPO (1955) 65 Ziff. 2 gemäss dem von ihm veränderten Sachverhalt beurteilt<sup>84</sup>, mithin der nach Anhängigmachung eingetretene Untergang der Sachlegitimation berücksichtigt werden. Der Kläger, der sein Eigentum pendente lite veräusserte, war also mit seiner Klage auf Feststellung des Eigentums oder einer Eigentumsfreiheitsklage abzuweisen, obwohl i.S. von ZPO (1955) 65 Ziff. 3 bei Klageeinleitung die Sachlegitimation bestand<sup>85</sup>.

Nach dieser älteren Praxis konnten somit ZPO (1955) 65 Ziff. 2 und 3, wie oben gezeigt, zu widersprüchlichen und stossenden Ergebnissen führen. Weber<sup>86</sup> vertritt die zutreffende Ansicht, ZPO (1955) 65 Ziff. 2. beinhalte keine Rechtspflicht, sondern lediglich eine prozessuale Last<sup>87</sup>, sodass sie keine Auswirkungen auf materielle Rechtsverhältnisse zu zeitigen vermöge. Auch verstosse sie demnach nicht gegen Bundesrecht<sup>88</sup>, zumal es den Kantonen nicht verwehrt ist, im Interesse eines geordneten Verfahrens das Prinzip der prozessualen Verwirkung einzuführen<sup>89</sup>. Um die in ZPO (1955) 65 Ziff. 2 enthaltene Verpflichtung, die vorhandene Sachlage bis zum Austrag des Prozesses beizubehalten, durchzusetzen, bedurfte es demnach der Ergänzung

durch zivilprozessuale Massnahmen, z.B. einer Sicherstellung gemäss ZPO (1955) 67.

In neueren Entscheiden wurden die Prinzipien von ZPO (1955) 65 Ziff. 2 und 3 zusehends gelockert. In PKG 1962 7 42 wurde noch streng an ZPO (1955) 65 Ziff. 3 festgehalten. Die daraus folgende Abweisung eines Schadenersatzanspruches begründete das KGer aber im wesentlichen mit Ausführungen, die eher auf mangelnde Substantiierung hinzielen, als auf das Litiskontestationsprinzip. Ein späterer Entscheid hielt fest, der Grundsatz finde jedenfalls keine Anwendung auf Veränderungen in rechtlicher Hinsicht<sup>90</sup>. Ueberdies sei er einschränkend auszulegen und finde seine Grenzen am Verbot des Rechtsmissbrauchs. Mit ausführlicher Begründung gelangte das KGer auch in PKG 1977 2 18 zur gleichen Erkenntnis. Weiter wurde entschieden, ZPO (1955) 65 Ziff. 2 richte sich nur an die Parteien und demgemäss dürfe ein Streitobjekt, welches eine Erbschaftssache darstelle, pendente lite nach ZGB 612 Abs. 3 versteigert werden<sup>91</sup>. Ferner bestand Einigkeit darüber, dass gewisse Prozessvoraussetzungen - z.B. Partei- und Prozessfähigkeit, Rechtsschutzinteresse, Zulässigkeit der gewählten Prozessart<sup>92</sup> - entgegen dem Wortlaut von ZPO (1955) 65 Ziff. 3 nicht nur bei Anhängigmachung, sondern bis zum Schluss des Verfahrens vorliegen mussten, ansonsten die Klage abzuschreiben war. Bei dieser Betrachtungsweise bekam auch ZPO (1955) 65 Ziff. 2 einen tieferen Sinn, indem diese Bestimmung - nebst einer prozessualen Last sowie einer Grundlage für die Erwirkung einer vorsorglichen Verfügung im Sinne von ZPO (1955) 67 - eine Durchbrechung des Litiskontestationsprinzips enthielt und erstens feststellte bzw. fingierte, die Veräusserung des Streitobjektes habe den Verlust des Rechtsschutzinteresses auf seiten des Klägers zur Folge, und zweitens das Litiskontestationsprinzip insofern durchbrach, als ZPO (1955) 65 Ziff. 2 gemäss der zitierten Lehre und Praxis explizit vorschrieb, ein

Rechtsschutzinteresse müsse nicht nur bei Klageeinleitung, sondern während des ganzen Prozesses vorhanden sein.

Demgegenüber vermochte ZPO (1955) 65 Ziff. 2, wie auch die ältere Praxis des KGer annahm, für die beklagte Partei keine prozessualen Folgen zu bewirken<sup>93</sup>, zumal ZPO (1955) 65 Ziff. 2 allein, ohne ergänzende Sicherung durch eine Verfügung gemäss ZPO (1955) 67, die Verfügungsfähigkeit einer Partei über das Streitobjekt nicht berühren konnte.

Die vorstehenden Ausführungen zeigen, dass das Problem nicht in der Bestimmung von ZPO (1955) 65 Ziff. 2 lag, sondern vielmehr im Litiskontestationsprinzip gemäss ZPO (1955) 65 Ziff. 3, wonach für die Beurteilung die Sachlage bei Eintritt<sup>94</sup> der Rechtshängigkeit massgebend war. Dieser Erkenntnis wurde in der neuen ZPO von 1986 Rechnung getragen, indem nunmehr dem Urteil unter Vorbehalt rechtzeitiger Geltendmachung der Sachverhalt zugrunde gelegt wird, wie er in diesem Zeitpunkt besteht<sup>95</sup>, und nicht mehr, wie in ZPO (1955) 65 Ziff. 3, die tatsächliche Sachlage bei Eintritt der Rechtshängigkeit.

### 3.5. Die Verfahrensgrundsätze

Die Dispositionsmaxime beinhaltet nach neuerer Auffassung einen Grundsatz des Privatrechts<sup>96</sup> und stellt es ins Belieben des Berechtigten, einen Anspruch geltend zu machen oder nicht. Ausnahmen davon ergeben sich weitgehend aus dem materiellen Recht<sup>97</sup>. Der Grundsatz "ne eat iudex ultra petita partium" ist in ZPO 119 ausdrücklich festgehalten<sup>98</sup>.

Aus ZPO 118 sowie den Bestimmungen über den zulässigen und erforderlichen Inhalt der Rechtsschriften bei einzelnen

Verfahrensarten<sup>99</sup> ergeht, dass der Bündner Zivilprozess stark vom Grundsatz der Verhandlungsmaxime geprägt ist. Sie wird allerdings eingeschränkt durch die Möglichkeit der formlosen Parteibefragung<sup>100</sup>, der Beweisaussage<sup>101</sup>, sowie zur Erhebung einzelner Beweismittel von Amtes wegen<sup>102</sup>, ferner durch die Rechtsvermutungen, die Notorietät<sup>103</sup> und Zugeständnisse i.S. von ZPO 156 Abs. 2.

Eine Zusammenstellung der Fälle, in denen die Offizialmaxime von Bundesrechts wegen zur Anwendung gelangt, findet sich bei Walder 219 ff.. Die näheren Einzelheiten hierzu finden sich in EG ZGB 11 und 12<sup>104</sup>, und in EG ZGB 105 wird die subsidiäre Anwendbarkeit der Offizialmaxime auf den Erbteilungsprozess ausgedehnt. Im einzelnen sei auf Guyan<sup>105</sup> verwiesen. Ferner gilt die Offizialmaxime im Verfahren vor dem Einzelrichter<sup>106</sup>.

Die Bedeutung der Eventualmaxime im Bündner Zivilprozess ergibt sich aus ZPO 82 ff., 98 und 108 Abs. 2. Danach muss grundsätzlich der gesamte Prozessstoff, insbesondere das Beweismaterial, mit den Rechtsschriften eingebracht werden. Die genannten Bestimmungen sehen aber vereinzelte Durchbrechungen dieses Grundsatzes vor, indem formelle Einreden, deren Geltendmachung nicht schon früher in den Rechtsschriften möglich war, noch bis zur Prüfung der Prozessvoraussetzungen und -hindernisse anlässlich der Hauptverhandlung vorgebracht werden können<sup>107</sup>. Im Schriftenwechsel nicht erwähnte Beweismittel werden nur im Rahmen der in den Rechtsschriften aufgestellten Behauptungen tatsächlicher Art und nur unter bestimmten Voraussetzungen zugelassen<sup>108</sup>.

- neue Urkunden können noch innert einer mit der Vorladung zur Hauptverhandlung vom Gerichtspräsidenten festgelegten Frist eingelegt werden, unter gleichzeitiger Zustellung von Kopien an die Gegenpartei.

Diese ist befugt, den Vershub der Hauptverhandlung sowie Gegenbeweise zu beantragen.

- Die Einvernahme von Zeugen und die Anordnung von Editionen kann beantragt werden, wenn diese Beweismittel dem Gesuchsteller ohne sein Verschulden erst durch das Beweisverfahren bekannt geworden sind. Das Gesuch muss binnen 20 Tagen von dem Zeitpunkt an gestellt werden, an welchem die Partei vom betreffenden Beweismittel Kenntnis erhielt.
- Beweisaussage der Partei, Expertisen und Augenscheine kann das Gericht jederzeit anordnen.

In den Rechtsschriften erwähnte, aber noch nicht beigebrachte Urkunden sind innert einer vom Gerichtspräsidenten anzusetzenden Frist einzureichen<sup>109</sup>. Danach ist die Einlage von in den Rechtsschriften nicht erwähnten Urkunden nur noch mit Zustimmung der Gegenpartei zulässig<sup>110</sup>. Dies muss wohl auch für in den Rechtsschriften erwähnte Urkunden gelten; denn es ist nicht einzusehen, weshalb eine Partei mit Zustimmung der Gegenpartei anlässlich der Hauptverhandlung Urkunden einlegen können soll, welche ihr längst bekannt waren, gleichwohl aber nicht in den Rechtsschriften erwähnt wurden, nicht aber solche Urkunden, welche trotz rechtzeitiger Anmeldung nicht fristgemäss eingereicht worden sind oder beigebracht werden konnten.

Der Grundsatz der richterlichen Rechtsanwendung ist in ZPO 117 Abs. 2 erwähnt<sup>111</sup>. Auch die Verfahrensbestimmungen sind von Amtes wegen anzuwenden<sup>112</sup>. Ausländisches Recht ist von den Parteien in den Rechtsschriften nachzuweisen<sup>113</sup>. Anstelle fremden Rechts, von welchem das Gericht keine sichere Kenntnis hat, wird einheimisches Recht angewendet, wenn die Parteien nicht den Inhalt des fremden Rechts nachweisen<sup>114</sup>.

Die Beteiligten haben auch im Zivilprozess nach dem Grundsatz von Treu und Glauben zu handeln<sup>115</sup>; er ist namentlich auch bei der Kostenzuteilung zu berücksichtigen<sup>116</sup>. Dem Gericht gegenüber sind die Parteien zur Wahrheit verpflichtet<sup>117</sup>.

Der Anspruch der Parteien auf Gleichbehandlung und Gewährung des rechtlichen Gehörs<sup>118</sup> ist in ZPO 106 umschrieben. Danach ist den Parteien auch eine Möglichkeit zur Stellungnahme zu den Erhebungen des Gerichts einzuräumen<sup>119</sup>.

Nach ZPO 105 sind die Verhandlungen grundsätzlich mündlich und öffentlich, ausser in Ehe-, Verwandtschafts- und Statussachen<sup>120</sup>. Das Gericht kann die Öffentlichkeit ausschliessen, "wenn wichtige öffentliche oder private Interessen es erfordern"<sup>121</sup>.

### 3.6. Die einzelnen Verfahrensarten

#### 3.6.1. Das ordentliche Verfahren

##### 3.6.1.1. Das Sühneverfahren, ZPO 63-77

Streitigkeiten, deren Beurteilung in die Kompetenz des Bezirksgerichts bzw. seines Ausschusses oder Einzelrichters fallen, müssen zunächst mündlich oder schriftlich beim Friedensrichter angemeldet werden und eine nichtöffentliche Vermittlung passieren<sup>122</sup>. Die Streithängigkeit tritt im Kanton Graubünden mit der Anmeldung der Klage beim Vermittler ein<sup>123</sup>. Klageanerkennung und Vergleich im Sühneverfahren, nicht aber Klagerückzug, erlangen materielle Rechtskraft, wobei auch ein Teilvergleich ohne weiteres möglich ist<sup>124</sup>. Andere, anlässlich der Sühneverhandlung ge-

machte Zugeständnisse und Vergleichsvorschläge sind hingegen unverbindlich<sup>125</sup>.

#### 3.6.1.2. Das Verfahren vor dem Einzelrichter, ZPO 78-81

Die Klage wird eingeleitet:

- beim Vermittler als Einzelrichter mündlich oder schriftlich mit dem in ZPO 78 Abs. 1. umschriebenen Mindestinhalt.
- beim Bezirksgerichtspräsidenten durch Einreichung des Leitscheines und einer Prozesseingabe, die den Anforderungen von ZPO 82 genügen muss.

Für das Verfahren gelten die Bestimmungen über das "ordentliche Verfahren"<sup>126</sup>, d.h. dasjenige vor Kollegialgerichten mit folgenden Abweichungen:

- es gilt die Offizialmaxime<sup>127</sup>
- ein Verfahren gemäss ZPO 93 ist nicht vorgesehen<sup>128</sup>.

#### 3.6.1.3. Das Verfahren vor Kollegialgerichten<sup>128</sup>, ZPO 82-133

Die Klage wird eingeleitet durch Einreichung der Prozesseingabe und des Leitscheins. Es folgen schriftliche Klageantwort, allenfalls, wenn vom Gerichtspräsidenten angeordnet, Replik und Duplik. Alsdann kann der Gerichtspräsident gemäss ZPO 93 in jedem Stadium des Verfahrens, nötigenfalls nach Erhebung der erforderlichen Beweise, eine Gerichtsverhandlung ansetzen, an welcher über die Prozessvoraussetzungen und - obwohl vom Gesetz nicht ausdrücklich erwähnt - wohl auch über Prozesshindernisse<sup>129</sup> entschieden

wird. Entscheide betreffend Zuständigkeit können in jedem Fall mittels Beschwerde beim Kantonsgerichtsausschuss angefochten werden. In allen übrigen Fällen ist die Beschwerde nur zulässig, wenn das Gericht nicht auf die Klage eingetreten ist<sup>130</sup>, während Eintretensentscheide als Beurteile i.S. von ZPO 120 Abs. 1 nur zusammen mit dem Haupturteil angefochten werden können<sup>131</sup>. Wird die Zuständigkeit bejaht und dieser Entscheid nicht angefochten oder im Beschwerdeverfahren bestätigt, ist sie für alle kantonalen Instanzen festgelegt<sup>132</sup>. Wird eine andere Abteilung des angerufenen Gerichtes, dessen Präsident oder der Vermittler für zuständig erklärt, werden die Akten zur weiteren Behandlung an diese Instanz überwiesen. Der als zuständig erklärte Richter entscheidet auch über die Kostenzuteilung<sup>133</sup>. Wird ein anderer bündnerischer Richter für zuständig erklärt, bleibt die Streitanhängigkeit bestehen, sofern der Kläger binnen 60 Tagen seit Mitteilung des Entscheides die Klage beim zuständigen Richter anhängig macht<sup>134</sup>.

Gerichtsverhandlungen können aber auch zum Entscheid über materiell-rechtliche Teilfragen, insbesondere betreffend Verjährung, Aktiv- oder Passivlegitimation durchgeführt werden, wenn anzunehmen ist, das Verfahren lasse sich dadurch vereinfachen<sup>135</sup>. Weist das Gericht die Klage in diesem Verfahren ab, erlässt es ein Urteil; andernfalls wird das Verfahren fortgesetzt<sup>136</sup>. Rechtsmittel sind nach ZPO 94 Abs. 3 nur gegen prozesserledigende Urteile zulässig<sup>137</sup>.

Vorsorgliche Verfügungen werden gemäss ZPO 52 vom Präsidenten des angerufenen Gerichts erlassen<sup>137</sup>.

Das Beweisverfahren findet vorgängig der Hauptverhandlung statt. Nach Abschluss des Rechtsschriftenwechsels und Erhebung der ihm wesentlich erscheinenden Beweismittel erlässt

der Gerichtspräsident eine Beweisverfügung<sup>138</sup>, in welcher er darüber entscheidet, welche Beweiserhebungen er als notwendig erachtet, um die Streitsache an der Hauptverhandlung ohne Unterbruch erledigen zu können<sup>139</sup>. Bis zum Abschluss der Prozessvorbereitung kann der Gerichtspräsident jederzeit auf die Beweisverfügung zurückkommen<sup>140</sup>. Wie jede Präsidialverfügung kann sie an den entsprechenden Gerichtsausschuss weitergezogen werden<sup>141</sup>. Allerdings bringt die Unterlassung der Beschwerdeerhebung insofern keine Nachteile mit sich, als in den Rechtsschriften gestellte Beweisanträge anlässlich der Hauptverhandlung - wie auch im Rechtsmittelverfahren - wiederholt werden können, auch wenn die Beweisverfügung unangefochten blieb<sup>142</sup>.

Die Vorladungen zur Hauptverhandlung erfolgen spätestens 20 Tage vor dem Gerichtstermin<sup>143</sup>. Versubsgesuche<sup>144</sup> können bis 5 Tage vor der Hauptverhandlung, Ausstandsbegehren innert 10 Tagen seit Kenntnis des Ausstandsgrundes<sup>145</sup> gestellt werden.

Anlässlich der Hauptverhandlung werden zunächst die Prozessvollmachten geprüft und allfällige Ausstandseinreden beurteilt<sup>146</sup>. Anschliessend nimmt das Gericht zu allfälligen Einreden gegen seine Zuständigkeit und zu weiteren Prozessvoraussetzungen und - obwohl im Gesetz nicht erwähnt - Prozesshindernissen Stellung. Es prüft diese, soweit zwingende Vorschriften in Betracht fallen, von Amtes wegen. Falls notwendig, erfolgt dann die Verlesung der Rechtsschriften<sup>147</sup>. Anschliessend erhalten die Parteien Gelegenheit, Anträge zur Durchführung des Beweisverfahrens zu stellen, insbesondere über nicht erledigte Editionsbegehren, Einholung von Expertisen, Durchführung von Augenscheinen<sup>148</sup>. Sodann ist jede Partei zu einem Vortrag zuzulassen<sup>149</sup>. Der Gerichtspräsident bestimmt, ob den Parteien weitere Vorträge zu gestatten sind<sup>150</sup>.

Klagerückzug und -anerkennung sind nur bis zum Schluss der Hauptverhandlung zulässig<sup>151</sup>, wobei der Klagerückzug - im Unterschied zu Klageanerkennung und Vergleich - allerdings nicht die Wirkung eines rechtskräftigen Urteils erlangt<sup>151</sup>. Das Urteil wird schriftlich begründet und zugestellt<sup>152</sup>.

Auf entsprechendes Gesuch hin wird das Honorar des Rechtsvertreters durch den Präsidenten der letzten urteilenden Instanz festgesetzt<sup>153</sup>.

### 3.6.2. Das beschleunigte und das summarische Verfahren, ZPO 135-136

Das beschleunigte Verfahren findet Anwendung in den Fällen von ZPO 135, namentlich da, wo das materielle Recht ein beschleunigtes oder rasches Verfahren vorschreibt<sup>154</sup>.

Die Besonderheiten liegen im wesentlichen in einer straffen Eventualmaxime, indem nur ein einfacher Schriftenwechsel stattfindet<sup>155</sup>, prozessuale Fristen nur einmal erstreckt werden<sup>156</sup> und diese Rechtsfälle gegenüber den übrigen Vorrang besitzen<sup>157</sup>, sowie in der Verkürzung der Fristen. Bei Säumnis wird auf Grund der Akten entschieden, wobei die Bestimmungen über das Kontumazverfahren keine Anwendung finden<sup>158</sup>. Im übrigen gelten nach ZPO 136 Abs. 2 die Vorschriften des ordentlichen Verfahrens.

Für das summarische Verfahren gilt das soeben Gesagte. ZPO 138 stellt lediglich einige wenige abweichende Vorschriften auf. Namentlich entfallen das Sühneverfahren und die Beweisverfügung. Die Beweismittel sind stark beschränkt<sup>159</sup>.

### 3.6.3. Das Verfahren auf einseitigen Antrag, ZPO 139

Das Sühneverfahren entfällt hier naturgemäss, und für die Anhängigmachung sowie das übrige Vorgehen wird auf das summarische Verfahren verwiesen. Der Richter stellt den Sachverhalt von Amtes wegen fest. Die formelle Rechtskraft der Verfügung ist beschränkt<sup>160</sup>.

### 3.6.4. Das Verfahren vor Schiedsgerichten, ZPO 140-144

Da der Kanton Graubünden dem Schiedsgerichtsbarkeitskonkordat<sup>161</sup> beigetreten ist, enthält die ZPO lediglich die erforderlichen Ausführungsbestimmungen.

### 3.6.5. Das Befehlsverfahren<sup>162</sup>, ZPO 145-155

Zweck dieses Verfahrens bildet die rasche Durchsetzung klaren Rechts - z.B. Besitzerschutz, Ausweisung bei Miete und Pacht, Einberufung von Versammlungen und Sitzungen der Organe juristischer Personen<sup>163</sup> - sowie die Sicherung gefährdeter Ansprüche durch ausserprozessuale vorsorgliche Massnahmen<sup>164</sup>.

Zuständig ist der Kreispräsident am Ort der gelegenen Sache bzw. der streitigen Handlung<sup>165</sup>. Im übrigen gelten in verfahrensrechtlicher Hinsicht mit gewissen Abweichungen die Vorschriften des summarischen Verfahrens<sup>166</sup>. Wenn Gefahr in Verzug ist, kann ein provisorischer Amtsbefehl erlassen werden<sup>167</sup>.

Der Befehl wird unter Androhung der Straffolgen gemäss StGB 292 erlassen<sup>168</sup> und kann beinhalten Befehle oder Verbote, Beschlagnahmen, Sperrung öffentlicher Register, Verfügungsbeschränkungen i.S. von ZGB 960 und 961 sowie die

Bezeichnung einer Person zur treuhänderischen Wahrung der gemeinsamen Interessen<sup>169</sup>.

Der Befehl bleibt in Kraft, bis sich die Parteien verständigt haben oder er zufolge Gerichtsentscheides dahinfällt. Die Wirkung des Amtsbefehls ist nicht befristet<sup>170</sup>. Allerdings können ausserprozessuale vorsorgliche Massnahmen i.S. von ZPO 147 auf Antrag oder von Amtes wegen mit einer Klagefrist verbunden werden, wenn es die Interessenlage erfordert<sup>171</sup>. Wird die Frist nicht eingehalten, fällt die Massnahme dahin. Im Prozess bleibt sie in Kraft, bis sie durch vorsorgliche Verfügung aufgehoben oder abgeändert wird. Ferner kann der Kreispräsident eine Partei zur Sicherheitsleistung anhalten bzw. die Anordnung der Massnahme von dieser abhängig machen, wenn der andern Partei durch die vorsorgliche Massnahme im Amtsbefehlsverfahren Schaden droht<sup>172</sup>.

Als "allgemeines Amtsverbot" nach ZPO 175 kann ein Befehl an die Allgemeinheit ergehen<sup>173</sup>.

#### 3.6.6. Amtliche Anzeige, ZPO 217

Für amtliche Anzeigen in privatrechtlichen Angelegenheiten, insbesondere für die Kündigung von Darlehens-, Miet- und Pachtverträgen, ist das Kreisamt am Wohnort oder zuletzt bekannten Aufenthaltsort des Adressaten zuständig.

#### 3.6.7. Die Rechtsmittelverfahren

Die Bündner ZPO kennt als einziges ordentliches Rechtsmittel die Berufung<sup>174</sup>, als ausserordentliche die Beschwerde<sup>175</sup>, die Erläuterung sowie die Revision<sup>176</sup>. Was die Erläuterung anbelangt, steht die Bündner Regelung<sup>177</sup> in ver-

schiedenen Punkten im Widerspruch zur herrschenden Lehre, welche dieses Institut gar nicht als Rechtsmittel ansieht<sup>178</sup>. So ist das Recht auf Erläuterung auf ein Jahr befristet. Das Gesuch wird der Gegenpartei zur Stellungnahme zugestellt, und es kann sogar eine mündliche Verhandlung stattfinden. Sodann kann die Erläuterung nur einmal verlangt werden<sup>179</sup>. Auch die Wirkungen des Erläuterungsgesuches sind denen eines Rechtsmittels ähnlich, indem ihm gemäss ZPO 240 Abs. 2 Suspensivwirkung zuerkannt werden kann und die Möglichkeit zum Erlass vorsorglicher Verfügungen besteht.

### 3.7. Beweisführung

#### 3.7.1. Beweissicherung

Die prozessuale und vorprozessuale Beweissicherung ist in ZPO 209-216 geregelt. Das Gesuch ist an den Präsidenten des Prozessgerichts, in noch nicht anhängigen Fällen unter Vorbehalt von ZPO 52 Abs. 1 an den Kreispräsidenten am Ort des fraglichen Zeugen oder Gegenstandes zu richten<sup>180</sup>. Einzige Voraussetzung für die Einleitung des Beweissicherungsverfahrens bildet die Glaubhaftmachung der Beweismittegefährdung<sup>181</sup>. Ist die Beweisaufnahme nicht dringlich, erhält die Gegenpartei Gelegenheit zur Vernehmlassung<sup>182</sup>, wobei ihr aber sämtliche späteren Einredemöglichkeiten gewahrt bleiben<sup>183</sup>. Insbesondere kann, wenn die Streitsache bei Beweisaufnahme noch nicht anhängig war, sogar eine nochmalige Beweisabnahme verlangt werden<sup>184</sup>.

In nicht anhängigen Fällen kann gegen Beweissicherungsverfügungen beim Bezirksgerichtspräsidenten, in anhängigen Fällen beim Ausschuss des Gerichtes, vor welchem die Streitsache schwebt, Beschwerde geführt werden, wobei die-

ser nur auf Verfügung des Richters hin aufschiebende Wirkung zukommt<sup>185</sup>.

### 3.7.2. Beweismittel

Gemäss ZPO 159 sind folgende Beweismittel zulässig:

- Urkunden (ZPO 162-172): nach ZPO 168 besteht Editionsspflicht<sup>186</sup> für Parteien und Dritte. Der Begriff der Urkunde ist weit gefasst (ZPO 162).
- Zeugnis (ZPO 173-187): Mit Ausnahme der in ZPO 173 Ziff. 1-3 erwähnten Personen ist jedermann zum Zeugnis verpflichtet. Die allgemeinen und besonderen Zeugnisverweigerungsgründe sind in ZPO 174 und 175 umschrieben. Ein von einer Partei aufgerufener Zeuge wird nach ZPO 177 für beide Parteien gemeinschaftlich. Das Protokoll kann niedergeschrieben oder diktiert werden<sup>187</sup>. Von Amtsstellen und ausnahmsweise auch von Privatpersonen kann der Richter schriftliche Auskünfte beziehen<sup>188</sup>. Die Parteien können der Einvernahme beiwohnen<sup>189</sup> und eigene Fragen stellen. Das Gericht würdigt die Aussagen nach ZPO 211<sup>190</sup>.
- Gutachten<sup>191</sup> (ZPO 188-195) können von Amtes wegen und auf Parteiantrag eingeholt werden. Der entsprechende Antrag ist in den Rechtsschriften zu stellen<sup>192</sup>. Allfällige Parteigutachten sind als Urkunde einzureichen<sup>193</sup>.
- Augenschein (ZPO 196-200).
- Beweisaussage<sup>194</sup> (ZPO 201-208): Es handelt sich dabei um ein subsidiäres Beweismittel, welchem allerdings, wenn es erhoben wird, keine geringere Beweiskraft zukommt als den übrigen Beweismitteln<sup>195</sup>. Nach ZPO 112 ist aber auch jederzeit eine formlose Befragung möglich.

Verweigert eine Partei die Aussage oder leistet sie der Vorladung nicht Folge, kann sie mit Busse bis Fr. 1000.-- bestraft werden und würdigt der Richter das Verhalten nach freier Ueberzeugung<sup>196</sup>.

Bezüglich heimlich aufgenommener Tonbandaufnahmen vergl. PKG 1963 8 53. Sie werden wegen Verstosses gegen ZGB 27 und 28 ohne überwiegende Gegeninteressen sowie - mangels Fälschungssicherheit - fehlender Urkundenqualität i.S. von ZPO 162 aus den Akten gewiesen.

### 3.7.3. Beweisverfahren

Das Beweisverfahren findet nach der Bündner ZPO vor der Hauptverhandlung statt. Allenfalls noch vor der Prüfung von Prozessvoraussetzungen und -hindernissen gemäss ZPO 93 erhebt der Gerichtspräsident zunächst die ihm wesentlich erscheinenden Beweismittel<sup>197</sup>. Auf diese Weise soll versucht werden, in antizipierter Beweiswürdigung die unwesentlichen Beweisanerbieten einer Partei auszuschneiden<sup>198</sup>. Eine Beweisergänzung von Amtes wegen ist - ausser bei von der Offizialmaxime beherrschten Verfahren - nur vor den Einzelrichtern zulässig, nicht auch vor den Ausschüssen und den Gesamtgerichten<sup>199</sup>. Hievon ausgenommen sind die Augenscheinnahme sowie die Einholung eines Gutachtens, welche Beweismittel in allen Verfahren und zu jeder Zeit von Amtes wegen erhoben werden können<sup>200</sup>.

Nach Erhebung der ihm wesentlich erscheinenden Beweise erlässt der Gerichtspräsident die Beweisverfügung, auf welche er bis zum Abschluss der Prozessvorbereitung jederzeit zurückkommen kann<sup>201</sup>. Im Zuge der Vorbereitung der Hauptverhandlung nimmt er sodann die Beweise ab<sup>202</sup>.

Die Beweisverfügung gemäss ZPO 96 Abs. 1 kann mit Beschwerde i.S. von ZPO 237 an den Gerichtsausschuss weitergezogen werden. Allerdings bringt die Unterlassung der Beschwerdeerhebung insofern keine Nachteile mit sich, als in den Rechtsschriften gestellte Beweisanträge anlässlich der Hauptverhandlung wie auch im Rechtsmittelverfahren wiederholt werden können<sup>203</sup>.

Soweit nicht die Oficialmaxime Platz greift, können im Sinne der Eventualmaxime von den Parteien nach Abschluss des Rechtsschriftenwechsels keine neuen Beweismittel mehr namhaft gemacht werden<sup>204</sup>. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz ist in ZPO 98 vorgesehen, wonach im Schriftenwechsel nicht erwähnte Beweismittel im Rahmen der in den Rechtsschriften aufgestellten Behauptungen tatsächlicher Natur und unter folgenden Voraussetzungen zugelassen werden:

- neue Urkunden können noch innert einer mit der Vorladung zur Hauptverhandlung vom Gerichtspräsidenten festgelegten Frist eingelegt werden, unter gleichzeitiger Zustellung von Kopien an die Gegenpartei. Diese ist befugt, den Verschub der Hauptverhandlung sowie Gegenbeweise zu beantragen.
- Die Einvernahme von Zeugen und die Anordnung von Editionen kann beantragt werden, wenn diese Beweismittel dem Gesuchsteller ohne sein Verschulden erst durch das Beweisverfahren bekannt geworden sind. Das Gesuch muss binnen 20 Tagen von dem Zeitpunkt an gestellt werden, an welchem die Partei vom betreffenden Beweismittel Kenntnis erhielt. Nicht möglich sind nachträgliche Editionsbegehren<sup>205</sup>.

An der Hauptverhandlung wird nach Prüfung der Legitimation von Gericht und Parteien sowie der Prozessvoraussetzungen und -hindernisse das Beweisverfahren bereinigt<sup>206</sup>. Während in den Rechtsschriften erwähnte, aber noch nicht beige-

brachte Urkunden innert einer vom Gerichtspräsidenten anzusetzenden Frist nachzureichen sind<sup>207</sup>, können in den Rechtsschriften nicht erwähnte Urkunden mit Zustimmung der Gegenpartei selbst noch anlässlich der Hauptverhandlung eingelegt werden<sup>208</sup>. Dies muss wohl auch für in den Rechtsschriften erwähnte Urkunden gelten; denn es ist nicht einzusehen, weshalb eine Partei mit Zustimmung der andern anlässlich der Hauptverhandlung Urkunden einlegen können soll, welche ihr längst bekannt waren, gleichwohl aber nicht in den Rechtsschriften erwähnt wurden, nicht aber solche, welche trotz rechtzeitiger Anmeldung nicht fristgemäss eingereicht worden sind oder insbesondere beigebracht werden konnten. Beweisaussage<sup>209</sup>, formlose Befragung<sup>210</sup>, Augenschein<sup>211</sup> und Expertise<sup>212</sup> können bis zum Schluss der Hauptverhandlung angeordnet werden.

Im Berufungsverfahren kann nach ZPO 226 nur die Erhebung der erstinstanzlich angemeldeten, jedoch abgelehnten, nicht auch gänzlich neuer Beweismittel verlangt werden<sup>213</sup>. Dieser Grundsatz erfährt in dem Sinne eine Abschwächung, als auch der Berufungsrichter von Amtes wegen Gutachten einholen sowie einen Augenschein<sup>214</sup> und die Beweisaussage oder formlose Befragung anordnen kann. Ausserdem ist die Einlage von Urkunden zulässig, welche von Amtes wegen abzuklärende Fragen betreffen<sup>215</sup>. Dies sollte auch für andere Beweismittel gelten<sup>216</sup>.

Neue<sup>217</sup> Tatsachen, die Revisionsgründe darstellen würden, können nach ZPO 250 im Berufungs- bzw. im Beschwerdeverfahren vorgebracht werden<sup>218</sup>.

Keines Beweises bedürfen notorische<sup>219</sup> sowie zugestandene<sup>220</sup> Tatsachen. Sie können daher auch zweitinstanzlich geltend gemacht werden<sup>221</sup>.

## II .    P R O Z E S S V O R A U S S E T Z U N G E N          U N D    P R O Z E S S H I N D E R N I S S E

---

### 1.   BEGRIFFE UND EINLEITENDE BEMERKUNGEN

#### 1.1. Prozessvoraussetzung und Prozesshindernis

Entsprechend der Terminologie Guldeners sind diese beiden Begriffe wie folgt zu umschreiben:

- Prozessvoraussetzungen sind Rechtsbedingungen, die vorhanden sein müssen, damit ein Sachurteil ergehen darf, und deren Vorliegen von Amtes wegen zu prüfen ist<sup>222</sup>.
- Prozesshindernisse sind Rechtsbedingungen, deren Fehlen die Ausfällung eines Sachurteils hindern, falls vom Beklagten eine entsprechende Einrede erhoben wird<sup>223</sup>.

#### 1.2. Sachurteil und Prozessurteil

Die Beendigung des Prozesses kann aus verschiedenen Gründen erfolgen:

- Wenn das Gericht aus materiellen Erwägungen die Klage abweist oder (ganz oder teilweise) gutheisst, ergeht ein Sachurteil, desgleichen bei Klageanerkennung und Vergleich<sup>224</sup>.
- Wenn eine Prozessvoraussetzung fehlt oder auf Einrede hin ein Prozesshindernis festgestellt wird, ergeht ein Prozessurteil<sup>225</sup>. Demgegenüber gilt der Entscheid, welcher das Vorliegen sämtlicher Prozessvoraussetzungen oder das Fehlen von Prozesshindernis-

sen feststellt und zur Fortsetzung des Verfahrens führt, als Zwischenurteil<sup>226</sup>.

- In gewissen Fällen<sup>227</sup> sieht das Gesetz Abschreibung der Klage aufgrund sofortiger Prüfung einer bestimmten Prozessvoraussetzung vor. Diese Art von Klageabschreibung soll hier wegen ihres Zustandekommens, insbesondere weil sie durch den Präsidenten oder den Vermittler als Einzelrichter verfügt wird, von den Prozessurteilen im engeren Sinne unterschieden werden. Dazu ausführlich unter 3.1.
- Die Abschreibung infolge Klagerückzuges ergeht ohne Äusserung des Gerichts zur formellen oder materiellen Rechtslage und auch ohne materielle Rechtskraftwirkung<sup>228</sup>.

Die Beurteilung der Prozessvoraussetzungen kann somit zu einem Prozessurteil, einem Zwischenurteil oder zur Abschreibung der Klage führen.

### 1.3. Urteil und Beiurteil

Die vorstehend behandelten Sach- und Prozessurteile schliessen das Verfahren vor der erlassenden Instanz ab<sup>229</sup>. Das Gericht muss aber auch Entscheidungen treffen können, die der Fortsetzung des Verfahrens dienen, namentlich die in diesem Zusammenhang nicht zu behandelnden prozessleitenden Verfügungen oder Beschlüsse. Von diesen zu unterscheiden sind die Zwischenurteile<sup>230</sup>, durch welche eine Teilfrage des Rechtsstreits entschieden, z.B. eine Prozesseinrede verworfen wird, und die in der Terminologie der Bündner ZPO "Beiurteile" heissen<sup>231</sup>. Nach der Legaldefinition von ZPO 120 handelt es sich dabei um gerichtliche Entscheide über prozessuale Vorfragen.

Möglich sind gemäss ZPO 94 auch Entscheide über materiell-rechtliche Teilfragen, insbesondere betreffend Verjährung, Aktiv- oder Passivlegitimation, wenn anzunehmen ist, das Verfahren lasse sich dadurch vereinfachen. Weist das Gericht die Klage in diesem Verfahren ab, erlässt es ein Urteil; andernfalls wird das Verfahren fortgesetzt. Rechtsmittel sind nur gegen prozesserledigende Urteile zulässig<sup>232</sup>.

Ueber prozessuale Begehren befindet das Gericht, soweit sie nicht bereits im Verfahren nach ZPO 93 beurteilt worden sind, anlässlich der Hauptverhandlung nach Verlesung des Leitscheines und Prüfung der Prozessvollmachten. Wird die Einrede verworfen und auf die Klage eingetreten, ergeht ein Beiurteil. Auch Beschwerdeentscheide über prozessleitende und vorsorgliche Präsidialverfügungen gelten als Beiurteile<sup>233</sup>.

Im Zusammenhang mit den beiden Begriffen "Prozessvoraussetzungen" und "Prozesshindernisse" geht es demnach um Beiurteile, in denen das Vorliegen einer Prozessvoraussetzung festgestellt oder die Einrede eines Prozesshindernisses abgewiesen wird.

## 2. PROZESSVORAUSSETZUNGEN UND PROZESSHINDERNISSE NACH BUENDNERISCHEM RECHT

### 2.1. Parteifähigkeit<sup>234</sup>

Parteifähigkeit ist die prozessuale Berechtigung, als Partei im Prozess aufzutreten. Sie wird vom Privatrecht bestimmt und gilt als Teil der Rechtsfähigkeit<sup>235</sup>. Das kantonale Prozessrecht soll als Instrument die Verwirklichung des Bundesprivatrechts durchsetzen<sup>236</sup>. Da es dieses nicht hindern oder verhindern darf, muss jedes Subjekt, das nach Bundesrecht Rechte und Pflichten haben kann, auch parteifähig sein<sup>237</sup>. Die Parteifähigkeit ist Prozessvoraussetzung<sup>238</sup> und vom Gericht "förmlich festzustellen"<sup>239</sup>. Parteifähigkeit besitzen namentlich<sup>240</sup>:

- Alle natürlichen und juristischen Personen
- Kollektivgesellschaft (OR 562) und Kommanditgesellschaft (OR 602)
- Die Stockwerkeigentümergeinschaft (712 1 Abs. 2 ZGB)<sup>241</sup>
- Vergl. auch OR 706, 808 und 891

Die Parteifähigkeit bildet Voraussetzung der Prozessfähigkeit.

### 2.2. Prozessfähigkeit

Prozessfähigkeit ist die Befugnis, den Prozess als Partei entweder selbst zu führen oder durch selbst bestellte Vertreter führen zu lassen<sup>242</sup>, welches Recht nach ZPO 23 jedem Handlungsfähigen zusteht.

Obwohl die Prozessfähigkeit ihrem Inhalt nach von der materiellrechtlich bestimmten Handlungsfähigkeit abhängt, ist

sie ein Institut des Prozessrechts und muss von Amtes wegen als Prozessvoraussetzung geprüft werden<sup>243</sup>.

Ueber die Folgen fehlender Vertretung eines Prozessunfähigen s. 2.3.1.

## 2.3. Postulationsfähigkeit und Vertretungsbefugnis

### 2.3.1. Allgemeines

Postulationsfähigkeit heisst Berechtigung zur persönlichen Vornahme von prozessualen Parteihandlungen<sup>244</sup>. Diese steht dem Prozessfähigen für Handlungen im eigenen Namen zu (ZPO 23 Abs. 1). Postulationsfähig sind ferner die im Namen der Vertretenen gemäss ZPO 24 und 25 auftretenden handlungsfähigen gesetzlichen Vertreter (wobei Vertreter im Sinne von ZPO 25 eine Legitimationsurkunde nach ZPO 25 Ziff. 1-7 vorlegen müssen) sowie die Anwälte für ihre Klienten (ZPO 23 Abs. 1). Ohne Fähigkeitsausweis dürfen Rechtsvertreter i. S. von ZPO 23 vor dem Einzelrichter und in bewilligten Einzelfällen auch vor anderen Gerichtsbehörden auftreten. Nach Meinung des Gesetzgebers soll dabei der Gerichtspräsident nur für die Erteilung des Stellvertretungsrechts vor seinem Gericht zuständig sein<sup>245</sup>. Das gesetzliche Vertretungsverhältnis muss auf dem Leitschein vermerkt sein<sup>246</sup>. Die gesetzlichen Vertreter sind auch ohne Anwaltspatent zur Prozessführung befugt<sup>247</sup>.

Die gesetzliche Vertretung im Falle der Prozessunfähigkeit der Partei bildet Prozessvoraussetzung<sup>248</sup>. Keine Prozessvoraussetzung im engeren Sinne sind hingegen Vollmacht und Berechtigung<sup>249</sup> des gewillkürten Vertreters, weil trotz ihres Fehlens ein Sachurteil ergehen kann. Der unberechtigte Vertreter wird von den Schranken gewiesen, und die selbst anwesende Partei muss ihre prozessualen Handlungen selbst

vornehmen. Die nicht anwesende Partei treffen die Säumnisfolgen von ZPO 125<sup>250</sup>. Da es sich aber um von Amtes wegen zu prüfende<sup>251</sup> prozessuale - also den Prozessvoraussetzungen verwandte - Fragen handelt, sollen sie im Folgenden ebenfalls besprochen werden<sup>252</sup>.

Fehlende Prozessführungsbefugnis im erstinstanzlichen Verfahren ist im Berufungsverfahren nicht von Amtes wegen zu prüfen und führt insbesondere nicht zur Nichtigkeit des erstinstanzlichen Entscheides<sup>253</sup>.

### 2.3.2. Die Vertretung von juristischen Personen durch ihre Organe

ZPO 24 Ziff. 7 bestimmt, dass juristische Personen durch ihre gesetzlichen oder statutarischen Organe vertreten werden. Eine Einschränkung erfährt dieser Grundsatz in ZPO 25 Ziff. 5 und 6, wonach sich die Organe im Handelsregister eingetragener juristischer Personen durch einen Handelsregisterauszug, solche nicht eingetragener durch die Statuten sowie einen die Prozessführungsbefugnis enthaltenden Protokollauszug zu legitimieren haben. In dem etwas unklar formulierten Entscheid PKG 1955 45 104 wird gesagt, das Bestehen eines gesetzlichen Vertretungsverhältnisses bedeute nicht, "dass der gesetzliche Vertreter ein für allemal zur Führung von Prozessen im Namen des Vertretenen berechtigt sei". Dies gilt sicher für die in ZPO 25 genannten Fälle, nicht jedoch für die Vertretung der Kinder (ZPO 24 Ziff. 2), und auch die Vertreter der Erbmassen und der juristischen Personen (ZPO 24 Ziff. 5 und 6) sollten jederzeit ohne speziellen Beschluss Prozesse anheben können, wenn sie aufgrund des Gesetzes bzw. der Statuten eine generelle Ermächtigung dazu besitzen<sup>254</sup>. So gesehen und im Ergebnis<sup>255</sup> ist dem Entscheid zuzustimmen. Es muss also - abgesehen von den genannten Fällen genereller Vertretungs-

befugnis - eine auf die vorliegende Streitsache Bezug nehmende Legitimationsurkunde beigebracht werden. Nach PKG 1968 9 48 genügt auch eine Blankovollmacht, jedoch steht der Gegenpartei der Beweis offen, diese beziehe sich nicht auf den fraglichen Prozess.

Fehlen die Legitimationsurkunden, ist eine Nachfrist zu ihrer Vorlegung anzusetzen. Werden sie auch nachträglich nicht beigebracht,<sup>256</sup> gilt die Partei als nicht anwesend.

### 2.3.3. Die gewillkürte Vertretung

Nach bündnerischer Reglung darf - abgesehen von den Ausnahmen in ZPO 23 Abs. 2 und 3 - nur ein Rechtsanwalt mit Bündner Fähigkeitsausweis als Vertreter im Prozess auftreten<sup>257</sup>. So wurde z.B. dem nicht über den bündnerischen Fähigkeitsausweis für Rechtsanwälte verfügenden Treuhänder<sup>258</sup> und der Ehefrau<sup>259</sup> einer Partei die Befugnis zur Rechtsvertretung versagt. Nichts spricht aber dagegen, dass ein im Dienste des Kantons stehender Beamter, der über den Fähigkeitsausweis verfügt, als Anwalt auftritt<sup>260</sup>. Eine Ausnahmegewilligung nach ZPO 23 Abs. 3 wird nur natürlichen Personen erteilt<sup>261</sup>.

In Prozessen, die nicht in die Zuständigkeit des Vermittlers oder Einzelrichters fallen, kann sich eine Partei, die sich vertreten lassen will, schon im Vermittlungsverfahren dazu nur eines patentierten Rechtsanwalts bedienen<sup>262</sup>. Diese Vorschrift ist von Amtes wegen zu beachten<sup>263</sup>, ihre Missachtung durch die Vorinstanz aber nur auf entsprechende Rüge im Rechtsmittelverfahren hin<sup>264</sup>.

Der Grund dafür liegt darin, dass im stark von der Eventualmaxime und früher vom Litiskontestationsprinzip gepräg-

ten bündnerischen Zivilprozess nur ein Rechtsanwalt mit Fähigkeitsausweis Gewähr dafür bietet, dass die Interessen der Prozesspartei bereits im Vermittlungsstadium so gewahrt werden, dass insbesondere die prozessualen Formerfordernisse für die Durchführung des nachfolgenden Prozesses erfüllt sind"<sup>265</sup>.

Ob dies bundesrechtskonform ist, hat das BGer<sup>266</sup> offengelassen, aber stark bezweifelt. Die Bündner Praxis hält aber daran fest<sup>267</sup>. Klar entschieden wurde hingegen, dass die frühere Praxis des KGer, wonach das Fehlen des bündnerischen Fähigkeitsausweises Nichtigkeit des Vermittlungsverfahrens zur Folge hat, vor der BV nicht standhält, was vom KGer jetzt auch anerkannt wird<sup>268</sup>.

Vertreter im Rechtsmittelverfahren gegen einen Einzelrichterentscheid kann nur ein Anwalt sein, da es vor einer Kollegialbehörde stattfindet<sup>269</sup>. Im Rechtsöffnungsverfahren nach SchKG sind aber auch Vertreter ohne Fähigkeitszeugnis zugelassen<sup>270</sup>.

Die Vollmacht zur Vertretung einer juristischen Person muss vom zuständigen Organ ausgestellt sein<sup>271</sup>.

## 2.4. Ordnungsgemässe Klageeinreichung

### 2.4.1. Allgemeines

Die ordnungsmässige Anhängigmachung der Klage gehört nicht zu den Prozessvoraussetzungen<sup>272</sup>, da ihr Fehlen andere Folgen hat als dasjenige einer solchen. Namentlich tritt die Streithängigkeit gar nicht ein, wenn schon die erste Eingabe ungenügend ist<sup>273</sup>. Das gilt nach der Bündner ZPO für das Vermittlungsbegehren<sup>274</sup>, für die Klage vor dem Vermittler als Einzelrichter<sup>275</sup> sowie für Klagen, welche in die

alleinige Kompetenz des Kantonsgerichts bzw. des Kantonsgerichtsausschusses gehören und keiner Vermittlung bedürfen<sup>276</sup>, mithin für Klagen aus dem Immaterialgüterrecht<sup>277</sup>. An das Vermittlungsbegehren stellt das Gesetz keine und die Praxis nur geringe Anforderungen. Es genügt, "wenn die eine Partei von der anderen weiss, was diese von ihr verlangt"<sup>278</sup>. Gefordert werden daher zumindest die Bezeichnung der Parteien und deren Vertreter, der Art des angestregten Prozesses, z.B. Schadenersatzklage, Eigentumsklage, Bereicherungsklage etc., sowie bei Forderungsklagen die Streitwertangabe.

Vermag die Eingabe inhaltlich nicht zu genügen, tritt keine Streithängigkeit ein, weil darüber Unklarheit herrscht, wer überhaupt was von wem will. Wird sie von einem nicht bevollmächtigten Vertreter eingereicht, kann die Vollmacht gemäss ZPO 26 Abs. 1 innert einer vom Richter anzusetzenden Frist nachgereicht werden. Unterbleibt dies, vermag die ohne Vollmacht vorgenommene Handlung ex tunc keine Wirkungen zu entfalten, sodass auch keine Rechtshängigkeit eintritt und der Lauf von Fristen, z.B. Verjährungsfristen nicht unterbrochen wird<sup>279</sup>. Von diesen die Streithängigkeit begründenden Eingaben zu unterscheiden ist die als Prozessvoraussetzung anzusehende Einreichung von Leitschein und Prozesseingabe nach erfolgter Sühneverhandlung gemäss ZPO 82.

#### 2.4.2. Die Einhaltung der Leitscheinfrist

Die Leitscheinfrist beträgt 20 Tage<sup>280</sup> und beginnt mit der Mitteilung des Leitscheines durch den Vermittler<sup>281</sup>. Da sie "peremptorisch"<sup>282</sup> ist, muss ihre Einhaltung von Amtes wegen geprüft werden, jedoch nur von der ersten Instanz<sup>283</sup>. Wird die Leitscheinfrist verpasst, muss erneut eine Sühneverhandlung durchgeführt werden, bevor Klage

beim Gericht erhoben werden kann. Aufgrund des verspätet eingereichten Leitscheins darf demnach kein Sachurteil ergehen. Der materielle Anspruch und das Klagerecht sind dadurch indessen nicht verwirkt<sup>284</sup>.

#### 2.4.3. Inhalt des Leitscheins

Der Leitschein muss die in ZPO 71 genannten Angaben enthalten<sup>285</sup>. Das Gericht prüft den Inhalt von Amtes wegen auf seine Gültigkeit<sup>286</sup>. Insbesondere müssen die Parteien eindeutig bezeichnet sein<sup>287</sup>, woraus jedoch keine weitergehenden formellen Erfordernisse abgeleitet werden sollten<sup>288</sup>. Da aufgrund eines inhaltlich ungenügenden Leitscheines kein Sachurteil ergehen darf, liegt auch hier eine Prozessvoraussetzung vor.

Ist der Leitschein in formeller Hinsicht unrichtig oder unvollständig, ist er gemäss ZPO 74 zur Berichtigung an den Vermittler zurückzuweisen.

#### 2.4.4. Gehörige Vermittlung der Streitsache

Durch das Gericht von Amtes wegen zu prüfen ist ferner, ob die Streitsache in ihrem gesamten Umfang und spezifiziert die Vermittlung passiert hat<sup>289</sup>. Insbesondere erscheint es unzulässig, im Nachhinein das anlässlich der Sühneverhandlung deponierte Rechtsbegehren abzuändern oder zu erweitern<sup>290</sup>. Im Umfang, in welchem die Streitsache die Vermittlung nicht passiert hat, kann darauf nicht eingetreten werden, ohne dass der Leitschein durch diese Abweichung jedoch ungültig würde<sup>291</sup>. Denkbar erscheinen aber auch Fälle nicht gehöriger Vermittlung der Streitsache, in welchen eine Sühneverhandlung umgangen bzw. nicht durchgeführt wurde<sup>292</sup> oder eine Partei der Vermittlung nicht beigewohnt

hat und trotzdem nicht nach ZPO 76 verfahren wird. Dem Gericht obliegt sodann auch die Prüfung der Zuständigkeit des Vermittlers. Der Vermittler darf nämlich über seine allfällig mangelnde Zuständigkeit weder von Amtes wegen noch auf bezügliche Einrede hin entscheiden, sondern hat die Angelegenheit zur Beurteilung dieser Frage dem Bezirksgericht zu übermitteln<sup>293</sup>.

Gleiches gilt selbstredend auch für die Widerklage, zumal sämtliche Begehren die Vermittlung passiert haben müssen<sup>294</sup>. Von Bundesrechts wegen hievon ausgenommen ist unter gewissen Voraussetzungen einzig die Widerklage im Scheidungsprozess<sup>295</sup>, in welchem es dem zur Aufrechterhaltung der Ehe zunächst auf Abweisung klagenden Ehegatten oder demjenigen, der erst nachträglich vom Scheidungsgrund erfährt oder triftige Gründe hatte, ihn nicht vorher geltend zu machen<sup>296</sup>, unbenommen bleiben muss, seinen Scheidungsanspruch durchzusetzen.

Ebenfalls keiner Vermittlung bedürfen die in die alleinige Kompetenz des Kantonsgerichts bzw. des Kantonsgerichtsausschusses fallenden Klagen aus dem Immaterialgüterrecht<sup>297</sup>.

#### 2.4.5. Inhalt der Prozesseingabe

Im Verfahren vor dem Bezirksgerichtspräsidenten als Einzelrichter, vor dem Bezirksgerichtsausschuss und vor dem Bezirksgericht ist eine "Prozesseingabe" einzureichen<sup>298</sup>. Deren notwendigen Inhalt umschreibt ZPO 82<sup>299</sup>. Auch die Erfüllung dieser inhaltlichen Anforderungen gilt als Prozessvoraussetzung, da ohne die betreffenden Angaben das Gericht und der Beklagte gar nicht darauf eingehen können. Dies findet aber seine Schranke in BV 4 bzw. im Verbot des überspitzten Formalismus<sup>300</sup>. Die Frage, ob eine fristgemäss eingereichte, aber im Sinne von ZPO 82 inhaltlich un-

genügende Prozesseingabe nachträglich (d.h. nach Ablauf der 20-tägigen Leitscheinfrist) verbessert werden kann, muss wohl verneint werden. Innerhalb der 20-tägigen Leitscheinfrist ist eine alle in ZPO 82 Abs. 1 genannten Angaben enthaltende Eingabe samt Beilagen im Sinne von ZPO 82 Abs. 2 einzureichen. Eine bis Ablauf der Leitscheinfrist von 20 Tagen nicht derart vollständige Prozesseingabe wahrt diese Frist nicht, wobei natürlich auch hier das Verbot des überspitzten Formalismus gilt<sup>301</sup>.

Im Verfahren vor dem Vermittler als Einzelrichter ist die Klage schriftlich einzureichen<sup>302</sup>. In begründeten Fällen kann sie auch zu Protokoll gegeben werden.

## 2.5. Zulässigkeit des Rechtsweges

Das Verfahren nach der ZPO findet Anwendung in Streitsachen zivilrechtlicher Natur<sup>303</sup>. Für die Unterscheidung zwischen Öffentlichem Recht und Privatrecht hält sich das KGer im wesentlichen an die Subjektionstheorie<sup>304</sup>. Danach wird darauf abgestellt, ob sich zwei gleichrangige Rechtssubjekte gegenüberstehen oder ob die eine Seite als Hoheitsträger auftritt. In PKG 1976 22 80 wurde ein Verfahren auf den Verwaltungsweg verwiesen, in welchem es hauptsächlich um eine Enteignungsentschädigung, eventuell neben-sächlich aber auch um Schadenersatz aus ZGB 679/684 ging; dies aus prozessökonomischen Gründen und weil eine allgemeine Tendenz bestehe, "nach welcher Streitigkeiten der vorliegenden Art auf dem Wege des öffentlichen Rechts zu entscheiden sind." Solches erscheint aber nicht ganz unbedenklich, könnten doch dadurch auf prozessuaalem Weg absolute Rechte des Bundeszivilrechts geschmälert werden. Dem Zivilgericht stünde jedenfalls der Weg offen, über allfällige öffentlichrechtliche Probleme vorfrageweise zu entscheiden<sup>305</sup>.

Die Kompetenzabgrenzung zwischen Zivilgerichten und Verwaltungsinstanzen ist zwingender Natur und die Zulässigkeit des Rechtsweges Prozessvoraussetzung<sup>306</sup>.

## 2.6. Zulässigkeit der gewählten Prozessart

Für verschiedene prozessuale Institute bestimmt die ZPO besondere Voraussetzungen:

- Widerklage ZPO 14<sup>307</sup>
- Streitgenossenschaft ZPO 28
- Intervention ZPO 33
- Beschleunigtes (ZPO 135) und summarisches (ZPO 137) Verfahren

Da die Normen des Prozessrechts im allgemeinen als solche zwingender Natur gelten<sup>308</sup>, müssen die in den genannten Bestimmungen umschriebenen Voraussetzungen von Amtes wegen geprüft werden und vorliegen, damit ein Sachurteil ergehen darf<sup>309</sup>. Sie sind demnach bei der jeweiligen Prozessart als Prozessvoraussetzungen zu behandeln.

## 2.7. Die Zuständigkeit

### 2.7.1 Oertliche Zuständigkeit (ZPO 6-15)

Abgesehen von zwingenden Gerichtsstandsbestimmungen<sup>310</sup> stellt die Missachtung der örtlichen Zuständigkeit bloss ein Prozesshindernis dar. Die Parteien können einen Gerichtsstand vereinbaren<sup>311</sup> und der Beklagte kann sich einlassen, indem er unzweideutig dem Gericht oder der Gegenpartei gegenüber den Willen bekundet, vorbehaltlos zur Hauptsache zu verhandeln<sup>312</sup>. Für eine Klage gegen den Kanton Graubünden ist der Gerichtsstand Chur<sup>313</sup> gegeben.

In diesem Sinne hat das BGer<sup>314</sup> entschieden, dass der die Zuständigkeit des angerufenen Vermittlers bestreitende Beklagte nicht zur Sühneverhandlung zu erscheinen brauche und wegen Säumnis auch nicht mit Kosten belegt werden dürfe; der Entscheid über die örtliche Zuständigkeit sei vom Gericht zu fällen, zu welchem Zweck der Vermittler die Sache letzterem nach Kenntnis der Unzuständigkeitseinrede weiterzuleiten habe. Der Vermittler ist demnach - abgesehen vom Einzelrichterverfahren - nicht befugt, über seine örtliche Zuständigkeit zu befinden.

#### 2.7.2. Sachliche und funktionelle Zuständigkeit (ZPO 16-22)

Die sachliche und funktionelle Zuständigkeit sind als Prozessvoraussetzung von Amtes wegen zu prüfen<sup>315</sup>. Eine Ausnahme hievon bildet die Möglichkeit der Prorogation nach ZPO 21. Sie ist möglich bei Streitigkeiten, die der Berufung ans BGer unterliegen<sup>316</sup>. Die Streitwertschätzung der unteren Instanz nach ZPO 22 Abs. 3 ist im Berufungsverfahren nicht von Amtes wegen zu überprüfen<sup>317</sup>. Vereinbarungen über die Höhe des Streitwertes sind erlaubt, wenn sie nicht zu einer unzulässigen Prorogation führen<sup>318</sup>.

#### 2.7.3. Schiedsabreden (ZPO 140-144)

Genau wie Gerichtsstandsvereinbarungen und Prorogationsverträge sind auch Schiedsabreden nur auf Einrede hin zu beachten<sup>319</sup>. Im übrigen gilt das Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit (DR 320.060)<sup>320</sup>.

#### 2.8. Vertröstung und Sicherheitsleistung

Der Kläger wie der Beklagte haben eine vom Richter oder Vermittler festgesetzte Vertröstung zu leisten<sup>321</sup>. Auf Antrag einer Partei kann ausserdem unter den Voraussetzungen von ZPO 40 von der Gegenpartei Sicherheitsleistung verlangt werden, wobei es sich um eine "Kann-Vorschrift" handelt, welche die Verpflichtung einer Partei in das Ermessen des Richters stellt. Diese Bestimmungen sind zwingend<sup>322</sup>. Prozessvoraussetzung ist demnach die Leistung der Vertröstung und allenfalls der Sicherheit durch den Kläger, während Nichtleistung durch den Beklagten nur Ausschluss vom Verfahren zur Folge hat. Auch die Leistung der Sicherheit nach ZPO 40 kann nur für den Kläger Prozessvoraussetzung sein, sonst könnte sich der Beklagte durch Nichtleistung der Beurteilung entziehen.

Von der Leistung einer Vertröstung oder Sicherheit befreit sind der Kläger im Vaterschafts- und Unterhaltsprozess<sup>324</sup> sowie beide Parteien bei arbeitsrechtlichen Streitigkeiten mit einem Streitwert von weniger als Fr. 5'000.--<sup>325</sup>.

Die Abschreibung mangels Leistung der Vertröstung i.S. von ZPO 38 oder Sicherheit i.S. von ZPO 40 darf erst nach Ablauf einer vom Richter anzusetzenden Nachfrist erfolgen<sup>326</sup>. Die Klage darf jedoch nicht abgeschrieben werden, wenn noch eine Beschwerde gegen den Kautionsentscheid hängig ist<sup>327</sup> oder wenn das Armenrechtsgesuch innert Frist gestellt wurde<sup>328</sup>. Die abgeschriebene Klage kann jederzeit neu erhoben werden, die Sache gilt nicht als abgeurteilt<sup>329</sup>.

Für Prozesse im internationalen Verkehr s. Art. 2 des Konkordates betreffend Befreiung von der Verpflichtung zur Sicherheitsleistung für die Prozesskosten<sup>330</sup> sowie PKG 1971 59 157 und 1963 71 177 (ZPO 40 Ziff. 1 in casu wegen des Haager Uebereinkommens nicht anwendbar).

## 2.9. Rechtsschutzinteresse

### 2.9.1. Allgemeines

Auf eine Klage ist nach ZPO 48 nur einzutreten, soweit ein rechtliches Interesse an ihrer Beurteilung besteht. Die Feststellungsklage ist unzulässig, wenn auch eine Leistungsklage möglich wäre<sup>331</sup>. Ein rechtliches Interesse ist immer dann gegeben, "wenn dem Recht oder der Rechtslage des Klägers eine gegenwärtige Gefahr der Unsicherheit droht und das Urteil auf die Feststellungsklage mit seiner rein ideellen Rechtskraftwirkung geeignet ist, diese Gefahr zu beseitigen"<sup>332</sup>. Die Prozessvoraussetzung des Rechtsschutzinteresses gilt auch im Rechtsmittelverfahren, wo von Beschwer gesprochen wird. Das Vorliegen eines rechtlichen Interesses ist von Amtes wegen zu prüfen. Die Gerichte sollen nämlich nur bei Bestehen berechtigter Interessen des Ansprechers an der Durchführung des Verfahrens tätig werden; daran vermag eine allfällige Zustimmung des Beklagten nichts zu ändern<sup>333</sup>.

Das Rechtsschutzinteresse fehlt insbesondere, wenn die Sache bei einem anderen Gericht bereits hängig ist oder schon entschieden wurde<sup>334</sup>. In diesen beiden Fällen gilt es auch, widersprechende Urteile zu verhindern.

### 2.9.2. Res iudicata

Materiell rechtskräftig, also einer Neuentscheidung im Wege stehend, sind Sachurteile; auch solche, die aufgrund einer Parteierklärung zustande kommen (Klageanerkennung und Vergleich)<sup>335</sup>.

Einem Amtsbefehl nach ZPO 145 ff. kommt materielle Rechtskraft nur im Hinblick auf ein späteres summarisches Verfah-

ren zu, nicht aber bezüglich eines ordentlichen<sup>336</sup>. Ebenso verhält es sich, wenn das Befehlsbegehren "mangels Liquidität" abgewiesen wurde<sup>337</sup>. Eine Ausnahme von den genannten Grundsätzen besteht einzig für den Fall, dass im Befehlsverfahren eine Abschreibungsverfügung zufolge Klageanerkennung oder Vergleichs ergeht. Diese erwächst in uneingeschränkte materielle Rechtskraft<sup>338</sup>.

Prozessurteile, insbesondere Klageabschreibungen nach ZPO 39 oder 83, hindern einen späteren Entscheid zur Sache nicht<sup>339</sup>. Demgegenüber erlangen Klageabschreibungsbeschlüsse bzw. -verfügungen, die aufgrund einer Klageanerkennung oder eines Vergleichs ergehen, gemäss ZPO 114 Abs 2 die Rechtswirkung eines rechtskräftigen Sachurteils und damit einer res iudicata.

Nicht in allen Kantonen wird die res iudicata von Amtes wegen geprüft<sup>340</sup>, was aus den oben genannten Gründen nicht zu befriedigen vermag<sup>341</sup>. Die Bündner Praxis, die das Nichtvorliegen eines rechtskräftigen Urteils als Prozessvoraussetzung behandelt<sup>342</sup>, ist daher zu begrüßen. Hingegen sollte das Vorliegen eines rechtskräftigen Urteils ein neues Sachurteil nur hindern, wenn auch wirklich kein schutzwürdiges Interesse am Neuentscheid besteht. Es lassen sich nämlich Fälle denken, in denen ein solches trotz Vorliegens einer res iudicata bejaht werden muss<sup>343</sup>. Dies kann z.B. der Fall sein, wenn eine Klage erhoben wird, um die Verjährung eines bereits rechtskräftig zugesprochenen Anspruchs zu unterbrechen (OR 135 ff.).

Prozessvoraussetzung im Zusammenhang mit der res iudicata sollte demnach genau genommen das Nichtvorliegen eines rechtskräftigen Entscheides in der gleichen Streitsache sein, welcher das Rechtsschutzinteresse an einer neuen Klage entfallen lässt.

### 2.9.3. Rechtshängigkeit<sup>344</sup>

Eine Streitsache soll nicht beurteilt werden, wenn die identische Klage schon bei einem anderen Gericht hängig ist<sup>345</sup>. Die Klageidentität beurteilt sich - wie bereits oben ausgeführt - nach Bundesrecht und deckt sich nicht mit dem Begriff der res iudicata bzw. den Anforderungen an diese<sup>346</sup>. Auch die bereits bestehende Rechtshängigkeit sollte, soweit sie das Rechtsschutzinteresse an der zu beurteilenden Klage entfallen lässt, als Prozessvoraussetzung behandelt und von Amtes wegen geprüft werden<sup>347</sup>. Zur Frage der Litispendenz im Ausland vergl. BGE 105 II 229 und SJZ 1962 S. 120.

### 3. ANWENDBARE VERFAHREN

#### 3.1. Klageabschreibung

##### 3.1.1. Uebersicht

Eine Klageabschreibung, d.h. eine Erledigung des Prozesses ohne Richterspruch zum eigentlichen Prozessgegenstand, kann als Prozess- oder als Sachurteil ergehen. Zu den letzteren gehören namentlich der Vergleich sowie die Klageanerkennung. Eine Klageabschreibung in Form eines Prozessurteils erfolgt somit in allen Fällen, in welchen der Prozess ohne rechtskräftigen Entscheid zur Hauptsache beendet wird. Dies gilt für die Abschreibung mangels Vertröstung oder Sicherheitsleistung (ZPO 39-41), wegen Nichteinhaltens der Leitscheinfrist (ZPO 83) sowie infolge zweimaligen Fernbleibens von der Vermittlung seitens des Klägers, für welchen Fall die Klage als zurückgezogen betrachtet wird (ZPO 70 bzw. 76). Auch die Abschreibung infolge Klagerückzugs ist als Prozessurteil zu betrachten, da ihr keine materielle Rechtskraft zukommt<sup>348</sup> und der betreffende Anspruch jederzeit wieder mit einer neuen Klage geltend gemacht werden kann. Diese Klageabschreibungen aus prozessualen Gründen ermöglichen keine Einrede der res iudicata in einem späteren Prozess<sup>349</sup>.

In der Klageabschreibung ist auch über die amtlichen und ausseramtlichen Kosten zu befinden, welche letztere zwecks Wahrung des rechtlichen Gehörs erst nach Anhörung beider Parteien festgelegt werden dürfen<sup>350</sup>.

In begrifflicher Hinsicht gilt es insofern zu präzisieren, als bei Erlass der Abschreibung durch einen einzelnen Richter von Abschreibungsverfügung, beim Kollegialgericht von Abschreibungsbeschluss gesprochen wird.

### 3.1.2. Abschreibung mangels Vertröstung oder Sicherheitsleistung

Sie kommt nur in Frage, wenn der Kläger die geforderte Kautions gemäss ZPO 38 und 40 nicht erbringt; Nichtleistung durch den Beklagten zieht bloss dessen vorläufigen Ausschluss vom Verfahren bis zur Erbringung des Vorschusses nach sich<sup>351</sup>. Die Folgen der Nichtvertröstung dürfen aber erst nach unbenütztem Ablauf einer Nachfrist Platz greifen<sup>352</sup>.

ZPO 125 sieht vor, dass eine Partei (also Kläger oder Beklagter), welche die gesetzliche Vertröstung nicht leistet bzw. kein Armenrechtszeugnis beibringt, kontumaziert wird. Diese Bestimmung steht aber klar im Widerspruch zu ZPO 39 und 41, wonach Nichtleistung der einverlangten Vertröstung die Klageabschreibung zur Folge hat. ZPO 125 kann auf die klagende bzw. widerklagende Partei - abgesehen vom ebenfalls in der genannten Bestimmung geregelten Fall des Fernbleibens von der Hauptverhandlung - demnach nur für den seltenen Fall Anwendung finden, dass die richterliche Aufforderung zur Leistung der Vertröstung unterblieb.

Denkbar wäre in diesem Zusammenhang ferner, dass die Frist oder die anzusetzende Nachfrist zur Leistung der Vertröstung am Rechtstage noch läuft. Dann könnte die klagende bzw. widerklagende Partei mangels Vertröstung i.S. von ZPO 125 nicht zum Vortrag zugelassen und müsste kontumaziert werden und könnte das Verfahren zufolge der noch laufenden Frist zur Vertröstung nicht gemäss ZPO 39 bzw. 41 abgeschrieben werden.

Da der Richter die Frist bzw. Nachfrist, innert welcher die Vertröstung geleistet werden muss, zweckmässigerweise vor den Rechtstag legt<sup>353</sup>, dürfte eine Kontumazierung der klagenden oder widerklagenden Partei in der Praxis äus-

serst selten vorkommen. Letztlich besteht die Möglichkeit der Erhebung einer Nachvertröstung<sup>354</sup> am Verhandlungstag oder Fristansetzung hiezu, falls sich die ursprünglich einverlangte als zu gering bemessen erweist. In solchen Fällen würde auch bei klügerischer Nichtleistung nicht Abschreibung der Klage, sondern nur Ausschluss vom Verfahren erfolgen. Dies bedeutet unter Umständen eine Verschlechterung der Rechtsstellung des Klägers, da er nach der Abschreibung die Klage neu erheben, beim Kontumazurteil indes nur die Neubeurteilung unter den in ZPO 130 genannten Voraussetzungen verlangen kann. Eine Besserstellung durch diese Regelung erfährt aber der zur Vertröstung pflichtige Kläger bei den verschiedenen Klagen des SchKG<sup>355</sup>, da diese im Falle einer Abschreibung nicht wieder eingebracht werden könnten.

Ausgeschlossen ist eine Abschreibung des Verfahrens mangels Vertröstung oder Sicherheitsleistung bei Statusprozessen im Sinne von EG zum ZGB 15, also bei Vaterschafts- und Unterhaltsprozessen, da in diesen Verfahren die klägerische Partei von der Leistung von Vertröstungen vor allen Instanzen befreit ist.

### 3.1.3. Abschreibung wegen verspäteter Eingabe des Leitscheines oder der Prozesseingabe

Nach ZPO 83 prüft der Gerichtspräsident nach Eingang des Leitscheines und der Prozesseingabe, ob die 20-tägige Frist gemäss ZPO 82 gewahrt ist. Bei verspäteter Einreichung des Leitscheins oder der Prozesseingabe schreibt der Gerichtspräsident die Klage mit Kostenentscheid ab<sup>356</sup>. Gleichzeitig prüft er aber auch deren Inhalt. Dies ergeht ZPO 74, wonach ein formell mangelhafter Leitschein dem Vermittler zur Verbesserung zurückzuweisen ist. Der Leitschein oder die Prozesseingabe können aber auch materiell

mangelhaft sein, z.B. bei falscher Parteibezeichnung<sup>357</sup>. Dann fehlt es an einer Prozessvoraussetzung<sup>358</sup>. Materielle Mangelhaftigkeit wäre auch gegeben, wenn die Prozesseingabe den in ZPO 82 umschriebenen Anforderungen nicht zu genügen vermöchte<sup>359</sup>. Ob darüber ebenfalls der Gerichtspräsident entscheidet oder erst das Kollegium im Verfahren nach ZPO 93 bzw. anlässlich der Hauptverhandlung, geht aus dem Gesetz nicht hervor. Salzgeber, S. 108, vertritt (ohne bezügliche Begründung) die Ansicht, der Gerichtspräsident habe "den Leitschein schlechterdings von der Hand zu weisen". In ZPO 93 stellt das Gesetz dem Gerichtspräsidenten zwar anheim, ob ein Verfahren zur Prüfung der Prozessvoraussetzungen stattfinden solle oder nicht. Der Entscheid über diese prozessualen Fragen bleibt indessen dem Gericht vorbehalten. Eine Ausnahme von dem in ZPO 93 statuierten Grundsatz besteht nur in den vom Gesetz ausdrücklich umschriebenen Fällen, in welchen das Fehlen von Prozessvoraussetzungen klar auf der Hand liegt<sup>360</sup>. Demgegenüber können sich bei der Prüfung, ob Leitschein oder Prozesseingabe materielle Mängel aufweisen, welche ein Eintreten auf die Hauptsache allenfalls nicht zulassen, doch schwierigere rechtliche Probleme und Ermessensfragen stellen, welche vom zuständigen Gesamtgericht entschieden werden sollten<sup>361</sup>. Die Ansicht von Salzgeber, wonach der Gerichtspräsident, nicht das Kollegium, die materielle Richtigkeit bzw. das Fehlen der materiellen Mangelhaftigkeit von Leitschein und Prozesseingabe als Prozessvoraussetzung zu prüfen habe, ist daher abzulehnen<sup>362</sup>.

#### 3.1.4. Abschreibung durch den Vermittler

Nach ZPO 76 Abs. 1 gilt die Klage als zurückgezogen, wenn der Kläger zweimal nicht zur Vermittlung erscheint. Dies hat für ihn zur Folge, dass er kostenpflichtig und allenfalls gebüsst wird<sup>363</sup>. Ueberdies endet die Rechtshängig-

keit, was namentlich Konsequenzen bezüglich materiellrechtlicher Fristen haben kann. Weitere Folgen treffen ihn nicht, insbesondere kann er den Anspruch mit wenigen Ausnahmen<sup>364</sup> jederzeit erneut geltend machen.

### 3.2. Vorprüfungsverfahren des Einzelrichters

Genügt die dem Einzelrichter eingereichte Prozesseingabe den Anforderungen von ZPO 78 Abs. 1 bzw. 2 nicht, setzt der Einzelrichter dem Kläger unter Androhung, dass sonst auf die Klage nicht eingetreten werde, eine kurze Frist zur Behebung des Mangels an<sup>365</sup>. Ebenfalls Klageabschreibung erfolgt, falls der angerufene Richter unzuständig ist oder sich die Klage von vornherein als unbegründet erweist. Bei sachlicher Unzuständigkeit wird die Klage an die zuständige Instanz weitergeleitet<sup>366</sup>. In all diesen Fällen erlässt der Einzelrichter ein Prozessurteil.

Obwohl aufgrund der Gesetzessystematik das Verfahren nach ZPO 93 vor dem Einzelrichter keine Anwendung findet<sup>367</sup> und über die Prozessvoraussetzung und -hindernisse anlässlich der Hauptverhandlung entschieden wird, bleibt für den Fall, dass ein anderer bündnerischer Richter zuständig ist, die Streitanhängigkeit ebenfalls bestehen<sup>368</sup>.

Wie vor den Kollegialgerichten, sind formelle Einreden jeder Art, die in diesem Zeitpunkt geltend gemacht werden können und nicht von Amtes wegen berücksichtigt werden müssen, bei Verwirkung im Unterlassungsfalle in den Rechtschriften anzubringen<sup>369</sup>.

### 3.3. Das Verfahren vor Kollegialgerichten nach ZPO 93<sup>370</sup>

### 3.3.1. Gegenstand

Der Gerichtspräsident kann in jedem Stadium des Verfahrens, nötigenfalls nach Erhebung der erforderlichen Beweise, eine Gerichtsverhandlung ansetzen, an welcher über die Prozessvoraussetzungen und - obwohl im Gesetz nicht ausdrücklich erwähnt - über die Prozesshindernisse entschieden wird<sup>371</sup>. In Anlehnung an die frühere Praxis des KGer gehören zu den im Verfahren nach ZPO 93 zu beurteilenden Fragen wohl auch die Gültigkeit eines Gerichtsstandsvertrages bzw. einer Gerichtsstandsklausel<sup>372</sup>, nicht aber die Verjährung<sup>373</sup> und die Sachlegitimation<sup>374</sup>, da es sich hierbei um Fragen des materiellen Rechts handelt. Ueber diese kann in einem Teilentscheid gemäss ZPO 94 befunden werden. Wegen des Anspruchs auf rechtliches Gehör darf ein Entscheid nach ZPO 93 nur nach vorausgegangener mündlicher Verhandlung erlassen werden.

Nicht ganz zutreffend ist die Ansicht von Leutenegger (S. 132), wonach nur prozessuale Fragen, welche "condicio sine qua non" für die Ausfällung eines Sachurteils bilden, Gegenstand eines Entscheides nach ZPO 93 sein können. Gerade die Gültigkeit der eingelegten Prozessvollmacht stellt keine solche condicio dar, da sie innert angesetzter Frist verbessert nachgereicht werden kann<sup>375</sup>.

### 3.3.2. Erledigung

Wird im Verfahren nach ZPO 93 ein Prozesshindernis festgestellt oder fehlt eine Prozessvoraussetzung, ergeht eine Klageabschreibung in Form eines Prozessurteils. Dagegen kann gemäss ZPO 232 Ziff. 1 beim Kantonsgerichtsausschuss Beschwerde wegen Gesetzesverletzung geführt werden. Wenn hingegen der materiellen Beurteilung des Streitfalles nichts entgegensteht, wird ein Beurteil erlassen.

Entscheide nach ZPO 93 über die örtliche oder sachliche Zuständigkeit können sowohl bei Bejahung als auch Verneinung der Zuständigkeit selbständig mittels Beschwerde wegen Gesetzesverletzung beim Kantonsgerichtsausschuss angefochten werden<sup>376</sup>.

Falls das angerufene Gericht seine Zuständigkeit verneint, ist zu unterscheiden:

- a) Wird ein ausserkantonaler Richter für zuständig erklärt oder ist der Zivilrechtsweg<sup>377</sup> nicht gegeben, wird auf die Klage nicht eingetreten und die Streithängigkeit mit Ausfällen des Prozessurteils beendet<sup>378</sup>.
- b) Bei Zuständigkeit eines anderen bündnerischen Richters und Klageerhebung bei diesem binnen 60 Tagen, gilt für den Eintritt der Streithängigkeit der Zeitpunkt, in welchem die erste, vor dem unzuständigen Richter erhobene Klage streithängig wurde<sup>379</sup>. Diese 60-tägige Frist entspricht derjenigen von OR 139. Sie hat zur Folge, dass sämtliche Fristen, auch die bundesrechtlichen<sup>380</sup>, wegen und per Stichtag der ersten, beim unzuständigen Richter erhobenen Klage gewahrt bleiben. Auch in diesem Fall ergeht aber ein Prozessurteil; auf die Klage wird nicht eingetreten. Es bleibt dem Kläger überlassen, die Rechtshängigkeit durch Klage beim zuständigen Richter aufrechtzuerhalten<sup>381</sup>.
- c) Schliesslich kann die Zuständigkeit einer anderen Abteilung des angerufenen Gerichts oder dessen Präsidenten gegeben sein. Dann erfolgt ex officio die Ueberweisung des Prozesses sowie dessen Weiterführung durch die zuständige Instanz vom erreichten Stadium aus<sup>382</sup>. Eines Tätigwerdens der Parteien bedarf es hiezu nicht.

In PKG 1975 18 70 wurde die Klage nicht überwiesen, sondern von der Hand gewiesen, weil auch der zuständige Richter zufolge offensichtlich verwirkter Beschwerdefrist nicht hätte darauf eintreten können. Dies sollte indessen nur in besonderen Fällen zulässig sein, so namentlich, wenn anstelle des angerufenen Gesamtgerichts dessen Ausschuss bzw. Präsident zuständig wäre oder wenn letzterer aufgrund von ZPO 39 oder 83 die Klage ohnehin in eigener Kompetenz abschreiben könnte. Andernfalls würden durch das angerufene Gericht ihm nicht zustehende Kompetenzen beansprucht.

#### 3.4. Prozesseinreden während der Hauptverhandlung

Nach ZPO 87 Abs. 1 müssen formelle Einreden bei Verwirkung im Unterlassungsfalle in den Rechtsschriften angebracht werden. Während der Hauptverhandlung können dann nur noch Prozesseinreden vorgebracht werden, die von Amtes wegen zu beachten sind<sup>383</sup>. Die nachträgliche Erhebung von Einreden<sup>384</sup>, welche in den Rechtsschriften (unverschuldeterweise) noch nicht erwähnt werden konnten, dürfte nach der Streichung von ZPO (1955) 121, welche diese Möglichkeit ausdrücklich vorsah, nicht mehr zulässig sein. Dies mag zwar im Lichte der Eventualmaxime richtig erscheinen, kann aber mitunter die Durchsetzung richtigen Rechts vereiteln. In Anlehnung an die in ZPO 98 vorgesehene Möglichkeit zur Stellung nachträglicher Beweisanträge sollte daher gefordert werden, dass, soweit sich Prozesshindernisse aus nachträglich produzierten Beweismitteln ergeben, deren Geltendmachung auch nach Abschluss des Rechtsschriftenwechsels möglich sein sollte.

Der Erlass eines Beurteils steht hier nicht im Ermessen des Richters<sup>385</sup>, vielmehr können die Parteien ein solches verlangen<sup>386</sup>. Kein Beurteil erght jedoch, wenn ein Pro-

zesshindernis festgestellt wird oder wenn es an einer Prozessvoraussetzung ermangelt. Dann wird nämlich ein Prozessurteil als Endentscheid gefällt<sup>387</sup>.

### 3.5. Im Beschleunigten und summarischen Verfahren

Soweit ZPO 135 f. bzw. 137 f. nichts besonderes bestimmen, gelten für das summarische Verfahren die Vorschriften über das beschleunigte<sup>388</sup> und für dieses diejenigen über das ordentliche Verfahren<sup>389</sup>. Die besonderen Verfahrensgrundsätze für das beschleunigte Verfahren sind in ZPO 136 festgehalten:

- Prozessuale Fristen werden nur einmal erstreckt
- es findet nur ein einfacher Schriftenwechsel statt
- diese Rechtsfälle geniessen vor den übrigen Geschäften des Gerichtes den Vorrang
- das Urteil ist den Parteien spätestens innert Monatsfrist nach der Hauptverhandlung zuzustellen
- das Kontumazverfahren ist ausgeschlossen.

Im summarischen Verfahren ist die vereinfachte Anhängigmachung (mündlich oder schriftlich, ohne Sühneverfahren<sup>390</sup>) zu beachten. Ein zweiter Schriftenwechsel findet nicht statt<sup>391</sup>. Die Prozesseinreden sind deshalb in der Antwort anzubringen. Andere Beweismittel als Urkunden, schriftliche Auskünfte, Augenscheine und Beweisaussagen der Partei sind gemäss ZPO 138 Ziff. 4 nur zulässig, wenn der Kläger nicht in das ordentliche Verfahren gewiesen werden kann oder wenn sie das Verfahren nicht wesentlich verzögern.

### 3.6. Rückweisung eines Befehlsgesuchs

Nach ZPO 151 Ziff. 1 kann der Kreispräsident ein - aus materiellen oder formellen Gründen - offensichtlich unbegründetes Befehlsgesuch sogleich zurückweisen.

In PKG 1962 36 107 hat das KGer im Befehlsverfahren um Erlass eines Amtsverbotes nach ZPO 155 den Ehemann "ohne ausdrückliche Angabe des Vertretungsverhältnisses" zur Einsprache für die Ehefrau zugelassen. Dazu kritisch Rehli 89.

### 3.7. Im kantonalen Rechtsmittelverfahren

#### 3.7.1. Allgemeines

Grundsätzlich kennt das Rechtsmittelverfahren die gleichen Prozessvoraussetzungen und -hindernisse wie das erstinstanzliche. Ferner gelten als Voraussetzung für die Zulässigkeit eines Rechtsmittels:

- Die Legitimation zur Ergreifung des Rechtsmittels:  
Im Gegensatz zur Legitimation im erstinstanzlichen Verfahren handelt es sich hier um eine prozessrechtliche Frage. Berechtigt sind Kläger und Beklagter sowie ihre Rechtsnachfolger<sup>392</sup>, die Litisdennunziaten und die Intervenienten<sup>393</sup>. Nach Guldener<sup>394</sup> sollten auch durch das Urteil direkt betroffene Dritte rechtsmittelberechtigt sein, was in der Bündner ZPO jedoch nicht vorgesehen ist.
- Die Einhaltung der Rechtsmittelfrist.
- Das Vorliegen einer erstinstanzlichen Entscheidung, gegen welche das gewählte Rechtsmittel statthaft ist, und allenfalls das Vorliegen des geforderten Streitwertes. Dieser berechnet sich grundsätzlich nach ZPO 22 durch Zusammenrechnung sämtlicher kläge-

rischen Forderungen, unter Ausschluss der Zinsen, Kosten und allfälligen Widerklagebegehren. Dabei wird jedoch nicht wie im erstinstanzlichen Verfahren auf den Leitschein abgestellt, sondern auf den im Zeitpunkt der Ausfällung des angefochtenen Entscheids noch vorhandenen Streitwert, unter Abrechnung der im Laufe des Verfahrens fallengelassenen oder anerkannten Begehren<sup>395</sup>. Abzustellen ist somit auf die Differenz zwischen den Begehren im Rechtsmittelverfahren und dem Betrag, welcher gemäss angefochtenem Urteil zuerkannt worden ist. Steht einer Forderungsklage eine Widerklage gegenüber, ist für die Berufungsfähigkeit des Urteils der höhere der beiden Streitwerte massgebend<sup>396</sup>.

- Eine Beschwerde des Rechtsmittelklägers<sup>397</sup>. Sie kann auch bei der obsiegenden Partei gegeben sein, wie PKG 1970 19 61 zeigt, wo diese wegen bestimmter Mängel des erstinstanzlichen Verfahrens Beschwerde führt:

"Gemäss Art. 264 ZPO<sup>398</sup> wird die Beschwerde gutgeheissen, "sofern der angefochtene Entscheid oder das diesem vorausgegangene Verfahren Gesetzesbestimmungen verletzt, welche für die Beurteilung der Streitfrage wesentlich sind". Durch diese allgemeine Formulierung wird zum Ausdruck gebracht, dass zur Beschwerde nur legitimiert ist, wer durch die gerügten Gesetzesverletzungen in rechtlich erheblicher Weise beschwert ist. Das folgt aus dem Wesen der Beschwerde<sup>399</sup> wegen Gesetzesverletzung gemäss Art. 261 ff. ZPO und aus der konstanten Praxis des Kantonsgerichtsausschusses hierzu.

In casu ist die Beschwerdeführerin insoweit beschwert, als sie ein nicht vollstreckbares Urteil besitzt. Das vorinstanzliche Urteil ist unter Verletzung der Vorschriften der bündnerischen Zivilprozessordnung ergangen. Gestützt auf Art. 81 Abs. 2 SchKG kann der Beklagte somit bei der Urteilsvollstreckung in einem anderen schweizerischen Kanton einwenden, er sei nicht regelrecht vorgeladen worden. Da die Erfordernisse einer gehörigen Vorladung sich nach dem Recht des Prozessgerichtes beurteilen, kann die Vollstreckung mit dieser Einwen-

dung verhindert werden.

Das bedeutet für die Beschwerdeführer in einen wesentlichen Nachteil..."

Diese prozessualen Erfordernisse bilden Bedingung für die Ausfällung eines Sachurteils und können daher als zusätzliche Prozessvoraussetzungen im Rechtsmittelverfahren betrachtet werden.

Von Amtes wegen ist jedoch nur zu prüfen, ob die Prozessvoraussetzungen für das in Gang befindliche zweitinstanzliche Verfahren gegeben sind. Mangelte es im vorinstanzlichen Verfahren an einer solchen, ist dies nur auf entsprechenden Antrag hin zu beachten. So heisst es in PKG 1971 8 40:

"Lagen dem Verfahren, das zu dem mit der Berufung angefochtenen Urteil geführt hat, fehlerhafte Prozesshandlungen zugrunde, so hat die Berufungsinstanz das nicht von Amtes wegen zu beachten, wenn die Parteien, wie hier, diesen Mangel weder im erstinstanzlichen Verfahren noch in der Berufung gerügt haben. Dem öffentlichen Interesse, auf das sich eine Verfahrensbestimmung stützen kann, steht hier das Gebot der Rechtssicherheit gegenüber. Dieses verbietet, ein Urteil wegen Verfahrensmängeln als absolut nichtig zu erklären (Guldener a.a.O. S. 227/228). Bleibt ein solches Urteil unangefochten, so muss es trotzdem vollstreckbar sein; wird dagegen das Rechtsmittel der Berufung ergriffen, so hat sich die Berufungserklärung auch darauf zu erstrecken. Die Mängel des erstinstanzlichen Verfahrens haben vorliegendenfalls demnach mangels Anfechtung als geheilt zu gelten."

Prozesseinreden, die schon vor der ersten Instanz hätten erhoben werden können, sind im Rechtsmittelverfahren nicht mehr zulässig<sup>400</sup>. In PKG 1978 23 78 wurde dazu entschieden, eine ungültige Vertretung vor dem Vermittler sei erstinstanzlich von Amtes wegen (Prozessvoraussetzung der gehö-

rig vermittelten Streitsache<sup>401</sup>), im Beschwerdeverfahren aber weder auf Parteiantrag noch von Amtes wegen zu beachten. Ueberdies sei die Gegenpartei des nicht rechtsgültig Vertretenen zur bezüglichlichen Einrede nicht befugt, weil das Erfordernis eines patentierten Anwalts schon vor Vermittler dem Schutze des Vertretenen diene (s. 2.3.3.). Dies würde verallgemeinert bedeuten, dass prozessuale Einreden nur zulässig sind, wenn ihre Geltendmachung der Schutzrichtung der angerufenen Norm (oder Praxis) entspricht.

### 3.7.2. Berufung

Hier wird nach der Verlesung der Berufungserklärung zunächst über die Legitimation des Gerichtes und der Parteien entschieden<sup>402</sup>. Dies erscheint zweckmässig, dürfte die Legitimation doch häufig Gegenstand prozessualer Vorfragen bilden und stellt sie die primäre Voraussetzung jedes gerichtlichen Verfahrens dar. Dann folgt die Prüfung der übrigen Prozessvoraussetzungen und die Behandlung von Prozesseinreden.

Wird eine Prozesseinrede gutgeheissen oder fehlt eine Prozessvoraussetzung, ist auf die Berufung nicht einzutreten<sup>403</sup>.

### 3.7.3. Beschwerde wegen Gesetzesverletzung

"Erscheint die Beschwerde offensichtlich als unbegründet oder verspätet, so kann sie der Kantonsgerichtsausschuss ohne weiteres zurückweisen..."<sup>404</sup>, wobei ein Nichteintretensentscheid ergeht. Andernfalls wird das Verfahren fortgesetzt, indem die Beschwerde der Vorinstanz "auch zuhanden der Gegenpartei"<sup>405</sup> zur Vernehmlassung zugestellt wird.

#### 3.7.4. Revision

Ob auf das Revisionsgesuch einzutreten ist, wird erst nach den Parteiäusserungen und Erhebung der angerufenen Beweise entschieden<sup>406</sup>. Nebst einem Revisionsgrund gemäss ZPO 243 f. müssen die üblichen Prozess- und Rechtsmittelvoraussetzungen gegeben sein.

Das Revisionsbegehren muss sich nach dem Gesetzeswortlaut gegen ein Urteil richten<sup>407</sup>. Dennoch hat das Kantonsgericht m.E. zu Recht erkannt, eines rechtskräftigen Urteils bedürfe es nicht; auch während eines hängigen Berufungsverfahrens, durch welches die Rechtskraft des angefochtenen Urteils suspendiert wird, sei die Revision zulässig<sup>408</sup>. Dies erscheint wegen des auch im Rechtsmittelverfahren geltenden Novenverbotes angebracht und zweckmässig<sup>409</sup>.

#### 4. KANTONALE RECHTSMITTEL GEGEN PROZESS- UND BEIURTEILE

##### 4.1. Berufung

Die Berufung ist zulässig gegen Urteile der Bezirksgerichte, welche vermögensrechtliche Streitigkeiten im Betrage von über Fr. 8'000.-- oder nicht vermögensrechtliche zum Gegenstand haben<sup>410</sup>. Das Kantonsgericht hat dazu entschieden, dass nur gegen Urteile, die einen materiellen Anspruch entscheiden (Sachurteile), die Berufung gegeben sei<sup>411</sup>. Mit Leutenegger<sup>412</sup> ist indessen zu fordern, dass die Berufung auch gegen Prozessurteile, die anlässlich der erstinstanzlichen Hauptverhandlung ergehen (z.B. weil das Fehlen einer Prozessvoraussetzung erst dann bemerkt wird) zulässig sein soll. Als Urteil gelten sodann auch Kontumaz-, Erläuterungs- und Revisionsentscheide<sup>413</sup>.

Ein berufungsfähiges Urteil ist auch dann mittels Berufung anzufechten, wenn sich diese nur auf die Kostenverteilung beschränkt<sup>414</sup>.

Beurteile (die nicht zu einer Beendigung des Prozesses führen) sind nur zusammen mit dem Haupturteil anfechtbar<sup>415</sup>. Auf dem Wege der Anschlussberufung nach ZPO 220 kann aber auch ein Beurteil allein gerügt werden<sup>416</sup>.

Erght kein berufungsfähiges Haupturteil (z.B. bei Klagerückzug), so können bereits ergangene Beurteile, namentlich Kostenentscheide<sup>417</sup>, überhaupt nicht weitergezogen werden, wie sich aus PKG 1976 19 77 ergibt:

"Der Beschwerdeführer hat im Verfahren vor Bezirksgericht gegen die Beweisverfügung Beschwerde erhoben; der Bezirksgerichtsausschuss wies die Beschwerde am 22. August 1969 ab und überband dem Be-

schwerdeführer die Kosten. Er vertritt nun heute die Auffassung, auch diese Kosten seien dem Kläger und heutigen Beschwerdegegner aufzuerlegen, da dieser die Klage zurückgezogen und damit das Verfahren zum Abschluss gebracht habe.

Der Beschwerdeentscheid des Bezirksgerichtsausschusses vom 22. August 1969 stellt ein Beurteil im Sinne von Art. 135 ZPO dar (Art. 267 Abs. 4 ZPO). Ein solches kann aber gemäss Art. 138 Abs. 4 ZPO nur mit dem Urteil weitergezogen werden. Wird eine Klage zurückgezogen, so kann naturgemäss kein Urteil in der Hauptsache ergehen; demzufolge kann aber auch das Beurteil materiell nicht mehr überprüft werden; dies könnte es, so wie mit dem Haupturteil angefochten, nur im Berufungsverfahren. Bleibt es beim Rückzug der Klage, so bleibt es auch beim Entscheid des Bezirksgerichtsausschusses, den weder der Kantonsgerichtsausschuss noch der Bezirksgerichtspräsident überprüfen können. Das ergibt sich aus dem System der Rechtsmittel. Der im Beurteil enthaltene Kostenspruch kann demzufolge durch die Abschreibungsverfügung des Bezirksgerichtspräsidenten weder überprüft noch abgeändert werden."

Nicht der Berufung unterliegen ferner Entscheide über Prozessvoraussetzungen und -hindernisse nach ZPO 93, sofern sie gemäss ZPO 93 Abs. 2 selbständig mittels Beschwerde anfechtbar sind<sup>418</sup>.

Im weiteren ergibt sich aus der Praxis des Kantonsgerichts:

- Ein nachträglich bekanntgegebener Streitwertschätzungsentscheid stellt kein berufungsfähiges Urteil dar<sup>419</sup>. Steht er aus, hat der Anwalt demnach vorsorglich Berufung und Beschwerde einzulegen<sup>420</sup>. Allerdings hat das Kantonsgericht in PKG 1970 8 37 die Umwandlung einer Beschwerde in eine Berufung durch analoge Anwendung von ZPO 93 Abs. 4 für zulässig erklärt. Bei dieser, m.E. richtigen Betrachtungsweise kann die Einreichung zweier Rechtsmittel bei ungewissem Streitwert unterbleiben. Damit auch umgekehrt eine Berufung in eine Beschwerde umgewandelt werden

kann, müsste sie, obwohl an sich keiner Begründung bedürftig<sup>421</sup>, mit einer solchen versehen werden, weil sie sonst den Anforderungen an eine Beschwerde nicht genüge und auf sie nicht eingetreten werden könnte<sup>422</sup>.

- der Entscheid des Gerichtspräsidenten über die Durchführung des Kontumazverfahrens gemäss ZPO 130 Abs 2 ergeht als prozessleitende Verfügung. Ein Beschwerdeentscheid darüber stellt demnach ein Beurteil dar<sup>423</sup>, welches nicht selbständig angefochten werden kann<sup>424</sup>.

## 4.2. Beschwerde wegen Gesetzesverletzung<sup>425</sup>

### 4.2.1. Vorbemerkungen

Beschwerde kann geführt werden gegen nicht berufungsfähige sowie prozessleitende Entscheide der dem Kantonsgerichtsausschuss in der betreffenden Streitsache funktionell untergeordneten Instanzen, d.h. der Einzelrichter, der Bezirksgerichtsausschüsse sowie der Bezirksgerichte<sup>426</sup>. Auch hier ist zu beachten, dass bei ungewissem Streitwert vorsorglich Berufung und Beschwerde einzulegen sind<sup>427</sup>.

Im folgenden werden nur diejenigen Anfechtungstatbestände besprochen, die sich auf Entscheide über Prozessvoraussetzungen und -hindernisse beziehen.

### 4.2.2. Gegen Urteile (ZPO 232)

Beschwerde kann gegen Urteile erhoben werden, die nicht der Berufung unterliegen. Ob es sich dabei um ein Sachur-

teil oder ein anlässlich der Hauptverhandlung gefälltes Prozessurteil handelt, erscheint nicht von Belang, zumal Entscheide betreffend Prozessvoraussetzungen nach ZPO 232 Ziff. 1 beschwerdefähig sind. Analog zur Regelung bei der Berufung können zusammen mit dem Haupturteil auch Beurteile angefochten werden, da sonst gegen letztere überhaupt kein Rechtsmittel zur Verfügung stünde<sup>428</sup>.

#### 4.2.3. Gegen Vorentscheide nach ZPO 93

Gemäss ZPO 93 Abs. 1 kann der Gerichtspräsident in jedem Stadium des Verfahrens, nötigenfalls nach Erhebung der erforderlichen Beweise, eine Gerichtsverhandlung ansetzen, an welcher über die Prozessvoraussetzungen entschieden wird. Während Entscheide betreffend Zuständigkeit in jedem Fall mittels Beschwerde im Sinne von ZPO 232 Ziff. 1 beim Kantonsgerichtsausschuss angefochten werden können, ist dieses Rechtsmittel in allen übrigen Fällen nur zulässig, wenn das Gericht auf die Klage nicht eingetreten ist und somit ein Prozessurteil erlassen hat<sup>429</sup>.

#### 4.2.4. Gegen die Kontumazierung

Beide Parteien können mit Beschwerde gemäss ZPO 133 Abs. 1 in Verbindung mit ZPO 232 Ziff. 3 beim KGA die Durchführung des Kontumazverfahrens anstelle des ordentlichen anfechten. Demgegenüber soll gemäss dem Wortlaut von ZPO 133 Abs. 2 ("Die säumige Partei kann nur die Durchführung des Kontumazverfahrens anfechten") das Urteil in materieller Hinsicht nur von der nichtkontumazierten Partei mittels Berufung oder Beschwerde angefochten werden können<sup>430</sup>; dies obwohl zu den Urteilen im Sinne von ZPO 120 Abs. 2 auch die Kontumazurteile gehören und in ZPO 218 bzw. 232 generell eine Weiterzugsmöglichkeit für Urteile vorgesehen

ist. Eine solche Regelung vermag m.E. nicht zu verhalten. Es widerspricht nämlich Sinn und Zweck des Kontumazverfahrens und wiese allein pönalen Charakter auf, der säumigen Partei die Geltendmachung der materiellen Unrichtigkeit des Kontumazurteils versagen zu wollen, verursacht dies doch nicht mehr prozessuale Umtriebe, als wenn die Gegenpartei ein Rechtsmittel einlegt. Die Straffung des Kontumazverfahrens gegenüber der ZPO von 1955 bezweckt einzig die Verhinderung der Prozessverschleppung<sup>431</sup>, was durch die Verschärfung der Voraussetzungen für die Wiederaufnahme<sup>432</sup> hinlänglich erreicht wird. Auch die sorgfältig verfahrenende Partei kann einmal säumig werden<sup>433</sup>. Es besteht nun aber zwischen der säumigen und der andern Partei in Bezug auf das Rechtsschutzinteresse kein derartiger Unterschied, welcher eine Ungleichbehandlung als geboten erscheinen liesse<sup>434</sup>. Daher widerspricht die ungleiche Rechtsmittellegitimation für die beiden Parteien dem Rechtsgleichheitsgebot sowie dem Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss BV 4.

#### 4.2.5. Gegen die Abweisung eines Revisionsbegehrens

Wird ein Revisionsgesuch von der ersten Instanz abgewiesen, steht dagegen die Beschwerde an den Kantonsgerichtsausschuss offen<sup>435</sup>. Keine Beschwerdemöglichkeit besitzt aber die Gegenpartei, falls auf das Gesuch eingetreten wird.

#### 4.3. Andere

Erläuterung und Revision sind zulässig gegen Urteile. Zum Urteilsbegriff kann auf das oben 1.2. und 1.3. Gesagte verwiesen werden. ZPO (1955) 266, der die Rechtsverweigerungs- und -verzögerungsbeschwerde an den Kleinen Rat vor-

sah, wurde durch GVG 43 aufgehoben. Diese Rügen können nun subsidiär mittels Beschwerde beim Kantonsgericht angebracht werden<sup>436</sup>.

### III. VERFAHREN BEI ABWESENHEIT UND VERSÄUMNIS

---

#### 1. UEBERSICHT

Es sind mehrere Fälle denkbar, in denen der ordentliche Verfahrensgang durch Abwesenheit oder Versäumnis einer Partei gehindert wird. Ist der Beklagte schon von der Anhebung des Verfahrens an unauffindbar, kann ihm die Vorladung auch auf dem Rechtshilfeweg<sup>437</sup> nicht zugestellt werden. Eine weitere Möglichkeit besteht darin, dass eine rechtmässig vorgeladene Prozesspartei nicht zur Verhandlung erscheint oder im bloss schriftlichen Verfahren eine Frist verpasst. In alle diesen Fällen muss, namentlich wenn sie den Beklagten betreffen, der Fortgang des Verfahrens gesichert sein, damit der Kläger zu seinem Recht kommen kann. Bei versäumten Fristen sodann erscheint es oftmals nicht angebracht, das Verfahren nur aus diesem formellen Grund zu Ungunsten des Säumigen endigen oder diesen eines prozessualen Rechtes verlustig gehen zu lassen. Die Fristen der ZPO können daher unter bestimmten Voraussetzungen wiederhergestellt werden.

#### 2. DAS EDIKTALVERFAHREN

##### 2.1. Vorbemerkungen

Es entspricht einer grundlegenden Forderung des Rechtsstaates<sup>438</sup>, die Parteien ordnungsgemäss zu prozessualen bzw. richterlichen Handlungen vorzuladen. Dazu gehört in erster Linie die korrekte Zustellung, d.h. das zur Kenntnisbringen der Vorladung. Wenn diese nicht tatsächlich direkt an den Adressaten erfolgen kann, so bestehen folgende

## Möglichkeiten fiktiver<sup>439</sup> Zustellung:

- Vorladungen sind auch verbindlich, wenn sie einem erwachsenen Hausgenossen zugestellt werden<sup>440</sup>
- wird die Annahme einer gehörig zugestellten Gerichtsurkunde vom Adressaten verweigert oder verhindert, so gilt die Zustellung gleichwohl als vollzogen<sup>441</sup>. Entsprechend der Regelung im Kanton Zürich<sup>442</sup> sollte dafür wohl schuldhaftige Verhinderung verlangt werden<sup>443</sup>. Denkbar, vom Gesetz indessen nicht vorgesehen, wäre für solche Fälle aber auch die Ausdehnung des Ediktalverfahrens<sup>444</sup>.
- Ist eine Partei durch einen Anwalt vertreten, genügt es, wenn die Vorladung diesem und nicht auch der Partei selbst zugestellt wird<sup>445</sup>.
- Den letzten Ausweg bildet schliesslich die öffentliche Vorladung oder Ediktalzititation gemäss ZPO 55 Abs. 1. Von ihr ist im folgenden die Rede.

Das Ediktalverfahren findet aber nicht nur im Zusammenhang mit Vorladungen jeder Art<sup>446</sup>, sondern auch für andere gerichtliche Bekanntmachungen Anwendung, so namentlich für die Veröffentlichung von Kontumazurteilen, wenn die säumige Partei nicht auffindbar ist.

## 2.2. Voraussetzungen

Das Gesetz erwähnt zwei alternative Voraussetzungen, unter denen das Ediktalverfahren durchgeführt werden kann, nämlich den unbekannten Aufenthaltsort sowie das fehlende Rechtsdomizil einer im Ausland wohnhaften Partei<sup>447</sup>.

### 2.2.1. Unbekannter Aufenthaltsort

Das Gericht darf nicht leichthin annehmen, der Aufenthaltsort sei unbekannt, sondern es muss konkrete, sachdienliche Nachforschungen durchführen. Dabei muss die Annahme widerlegt werden, es könnte sich um eine "den Gewohnheiten des Lebens entsprechende, vorübergehende Abwesenheit" handeln<sup>448</sup>. Die Ediktalzititation darf erst erfolgen, wenn sich zeigt, dass es "trotz aller zweckmässigen, der Sachlage entsprechenden Nachforschungen nicht gelungen ist, den Aufenthaltsort herauszufinden, oder dass solche Schritte offenbar nutzlos sind"<sup>449</sup>.

#### 2.2.2. Im Ausland wohnende Partei ohne Rechtsdomizil in der Schweiz

Nach ZPO 55 Abs. 2 ist eine im Ausland wohnende Partei gehalten, nach Mitteilung der ersten Vorladung im Kanton Zustelldomizil zu nehmen, ansonsten weitere Vorladungen an sie ediktaliter erlassen werden können. Diese Bestimmung bezweckt die Verhinderung unnötiger Vermittlungsumtriebe und sollte nur angewendet werden im Verkehr mit Staaten, in denen die Vorladung nicht direkt per Post zugestellt werden kann<sup>450</sup>.

#### 2.2.3. Verweigerung der Vermittlung durch ausländische Behörden

Wenn der Aufenthaltsort der Partei zwar bekannt ist, die Zustellung mangels Unterstützung durch die örtlichen Behörden aber doch nicht erfolgen kann, muss ebenfalls das Ediktalverfahren Platz greifen<sup>451</sup>. Dies ist in der Bündner ZPO nicht ausdrücklich vorgesehen, sollte aber trotzdem so gehandhabt werden, damit mindestens ein Kontumazverfahren durchgeführt werden und der Kläger zu seinem Recht kommen kann. Andernfalls könnte ein Staat seine Einwohner (und de-

ren in der Schweiz gelegenes Vermögen) durch ungerechtfertigte Verweigerung der Zustellung der schweizerischen Gerichtsbarkeit entziehen.

### 2.3. Verfahren

Die ZPO schreibt nur vor, dass die Vorladung "im Kantonsamtsblatt und nötigenfalls in anderen geeigneten öffentlichen Blättern"<sup>452</sup> erfolgen muss. Form und Inhalt der Bekanntmachung sind nicht bestimmt, doch sollte sie die wesentlichen Bestandteile der zuzustellenden Gerichtsurkunde enthalten: Parteienbezeichnung, knappe Umschreibung des Rechtsbegehrens, Termin, Datum des Erlasses, Unterschrift der vorladenden Gerichtsbehörde<sup>453</sup>. Eine zweimalige Veröffentlichung ist für die Vorladung nicht vorgesehen<sup>454</sup>.

Entsprechend dem Gesetzeswortlaut ("die Parteien") kann auch ein unauffindbarer Kläger mittels öffentlicher Bekanntmachung vorgeladen werden. Dies entspricht der Regelung beim Kontumazverfahren<sup>455</sup>. Es fragt sich aber, ob es sinnvoll ist, um jeden Preis ein Verfahren durchzuführen, wenn der Kläger sich nicht um seine Klage kümmert oder ob diese, wie im Falle von ZPO 76 Abs. 1 (zweimaliges Nichterscheinen vor dem Vermittler), abgeschrieben werden kann. Allerdings erscheint dieses Problem von untergeordneter Bedeutung, zumal die ediktaliter vorzuladende Partei in der Regel auch keine Vertröstung leisten wird, weshalb die Klageabschreibung gestützt auf ZPO 39 erfolgen wird. Hievon ausgenommen sind lediglich die klägerische Partei im Vaterschafts- und Unterhaltsprozess<sup>456</sup> sowie beide Parteien bei arbeitsrechtlichen Streitigkeiten mit einem Streitwert von weniger als Fr. 5'000.--<sup>457</sup>.

Ist die öffentliche Bekanntmachung rechtmässig erfolgt, gilt die Vorladung als zugestellt. Es besteht die unwider-

legbare Vermutung, dass der Adressat ihren Inhalt zur Kenntnis genommen hat<sup>458</sup>.

#### 2.4. Die Folgen ungerechtfertigter Ediktalzitiation

Erfolgt die Öffentliche Vorladung einer Partei, obwohl die Voraussetzungen hiefür nicht gegeben sind, kann dieser Fehler in verschiedenen Prozessstadien korrigiert werden:

- Erscheint der unrichtig Vorgeladene zur Verhandlung, so dürfte dies den Mangel heilen, da ihm kein Nachteil erwächst<sup>459</sup>.
- Wenn die Partei eine Frist versäumt, soll ihr diese wiederhergestellt werden, weil die Zustellung unwirksam war<sup>460</sup>.
- Wird schliesslich ein (Kontumaz-) Urteil erlassen, kann dieses immer noch auf dem Rechtsmittelweg angefochten oder, soweit zulässig, innert der angesetzten Purgationsfrist die Durchführung des ordentlichen Verfahrens verlangt<sup>461</sup> werden. Dabei beginnt die Rechtsmittelfrist nicht mit der unzulässigen Publikation oder mit dem Urteil, sondern frühestens mit der Kenntnisnahme<sup>462</sup>. Das Urteil wird aufgehoben, auch wenn der Rechtsmittelkläger kein materielles Interesse geltend machen kann; dies weil der Anspruch auf gehörige Vorladung formeller Natur ist<sup>463</sup> und es somit nicht darauf ankommt, ob bei richtiger Vorladung der Prozess für den Betroffenen günstiger ausgegangen wäre.

### 3. DAS KONTUMAZVERFAHREN

#### 3.1. Voraussetzungen

Das Kontumazverfahren gelangt zur Anwendung, wenn eine gehörig vorgeladene Partei zur Hauptverhandlung nicht erscheint oder wenn sie keine Vertröstung leistet bzw. keine Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege beibringt<sup>464</sup>.

Im einzelnen gelten folgende Voraussetzungen:

##### 3.1.1. Gehörige Vorladung der Parteien

Die Parteien müssen ordentlich zur Hauptverhandlung vorgeladen worden sein<sup>465</sup>. Dies hat tatsächlich oder in einer der oben in 2.1. erwähnten fiktiven Formen und rechtzeitig<sup>466</sup> zu erfolgen. Da die Säumnisfolgen im Gesetz festgelegt sind, bedarf es in der Vorladung keines Hinweises auf diese<sup>467</sup>.

##### 3.1.2. Ordentliches Verfahren

Das Säumnisverfahren kann nur anstelle des ordentlichen Verfahrens stattfinden<sup>468</sup>. Im beschleunigten und summarischen Verfahren ist die Durchführung des Kontumazverfahrens ausgeschlossen; das Gericht entscheidet aufgrund der Akten<sup>469</sup>.

##### 3.1.3. Ausbleiben einer Partei

Das Kontumazverfahren greift Platz, wenn eine Partei nicht zur Hauptverhandlung erscheint, und zwar im erstinstanzli-

chen oder im Berufungsverfahren<sup>470</sup>. Keine Kontumazierung findet indessen statt, wenn die der Hauptverhandlung fernbleibende Partei mit schriftlicher Erklärung i.S. von ZPO 126 auf die Parteivorträge verzichtet<sup>471</sup>. Bei Säumnis vor dem Vermittler als Friedensrichter<sup>472</sup> sowie bei unterlassener Einreichung von Rechtsschriften<sup>473</sup> treten anderen Folgen ein.

#### 3.1.4. Nichtvertröstung

Zur alternativen Voraussetzung der Nichtvertröstung vgl. oben II.2.8<sup>474</sup>.

### 3.2. Verfahren

#### 3.2.1. Prüfung der Prozessvoraussetzungen und Prozesshindernisse

Vor der materiellen Rechtslage sind die Prozessvoraussetzungen zu prüfen. Fehlt eine solche oder dringt die anwesende Partei mit einer Prozesseinrede durch, wird die Klage mittels Prozessurteils zurückgewiesen. Nach Überwiegender Ansicht<sup>475</sup> handelt es sich dabei nicht um ein Kontumazurteil, d.h. die besonderen Rechtsbehelfe des Säumnisverfahrens stehen der kontumazierten Partei nicht zur Verfügung. Dieser Meinung ist m.E. entgegenzuhalten, dass eine anwesende Partei sich u.U. vor Erlass eines derartigen Entscheides zur Wehr setzen könnte, etwa im Rahmen einer Beweisaussage nach ZPO 112 bzw. 201 ff. Insbesondere stände der betreffenden Partei ein Vortrag zu<sup>476</sup>. Es ist deshalb nicht recht einzusehen, weshalb nicht auch ein Prozessurteil den Rechtsbehelfen von ZPO 130 ff. unterstehen soll.

### 3.2.2. Ausbleiben beider Parteien

Was zu geschehen hat, wenn beide Parteien ausbleiben, bestimmt die Bündner ZPO nicht. Soweit ersichtlich, wurde die Frage auch von der Praxis noch nicht entschieden. Für diesen Fall sollte m.E. - nicht anders, als wenn bloss der Kläger ausbleibt - das Kontumazverfahren durchgeführt werden<sup>477</sup>. Einzelne Autoren erachten eine Abschreibung der Klage i.S. einer absolutio ab instantia<sup>478</sup> als angebracht, zumal beide Parteien ihr Desinteresse für das Verfahren bekundeten. Der Kläger könnte die Klage dann jederzeit neu einbringen<sup>479</sup>. Für den Fall unterlassener Vertröstung durch den Kläger sieht ZPO 39 allerdings die Klageabschreibung vor.

### 3.2.3. Respektstunde

Ueber die Frage, ob und wie lange gewartet werden soll, wenn eine Partei nicht pünktlich erscheint, findet sich in den kantonalbündnerischen Prozessgesetzen<sup>480</sup> keine Regelung, und auch der Praxis lässt sich, soweit ersichtlich, nichts entnehmen. Etwa die Hälfte der Kantone kennen eine derartige Bestimmung, wobei die Wartezeiten zwischen 15 Minuten und zwei Stunden<sup>481</sup> liegen. Die Begründung dieser Institute liegt darin, dass "das pünktliche Erscheinen einer Partei durch allerlei Zufälligkeiten verzögert werden kann"<sup>482</sup>. Da eine solche "Respektfrist" der materiellen Wahrheitsfindung und der Prozessökonomie dienen kann (durch Vermeidung unnötiger Kontumazverfahren), stünde m.E. ihrer Anwendung auch im Bündner Zivilprozess nichts entgegen. Es muss jedoch eine konstante Praxis eingehalten werden, damit die Rechtssicherheit gewahrt bleibt<sup>483</sup>. In praxi wird denn auch von den meisten mit der Rechtsprechung betrauten Personen zumindest die "akademische Viertelstunde" eingeräumt. Danach gelangt von Amtes wegen das

Kontumazverfahren zur Durchführung<sup>484</sup>.

#### 3.2.4. Urteilsfällung

Wird auf den Streit eingetreten, entscheidet das Gericht nach Anhörung der Gegenpartei aufgrund der gestellten Anträge und der Beweismittel. Es zeigt sich hier eine erhebliche Abweichung von der Verhandlungsmaxime. Im Gegensatz zu anderen Kantonen<sup>485</sup> wird nämlich dem Urteil nicht nur der von der anwesenden Partei behauptete Sachverhalt zugrunde gelegt<sup>486</sup>, sondern das gesamte Aktenmaterial, insbesondere die von der säumigen Partei bereits bewiesenen Behauptungen sowie deren Anträge<sup>487</sup>. Dabei gelten die tatsächlichen Vorbringen der anwesenden Partei grundsätzlich als bestritten und müssen demnach bewiesen werden<sup>488</sup>.

Diese Regelung bewirkt, dass der dem Urteil zugrunde gelegte Sachverhalt normalerweise der Wahrheit wesentlich näher kommt, als bei Systemen mit "Anerkennung der tatsächlichen Klagegründe"<sup>489</sup> der anwesenden Partei durch die kontumazierte. Dadurch wird die Qualität des Kontumazurteils entscheidend verbessert, und zwar meist zugunsten der abwesenden Partei, jedoch auch im Sinne der Prozessökonomie, indem auf diese Weise weniger Verfahren gestützt auf ZPO 130 wieder aufgenommen<sup>490</sup> werden müssen.

Das Abweichen von der Verhandlungsmaxime ermöglicht auch die Anwendung des gleichen Kontumazverfahrens in Prozessen, die der Offizialmaxime unterliegen<sup>491</sup>.

#### 3.3. Die Möglichkeiten zur Aufhebung des Kontumazurteils

### 3.3.1. Aufhebungsgesuch

#### 3.3.1.1. Vorbemerkungen

Mit dem Rechtsbehelf<sup>492</sup> von ZPO 130 kann ein Verfallter die Aufhebung des Kontumazurteils verlangen<sup>493</sup>. Diesem liegt die Ueberlegung zugrunde, dass auch eine sorgfältige Partei einmal in Säumnis geraten kann und sie die Möglichkeit haben sollte, ein in ihrer Abwesenheit ergangenes Urteil neu fällen zu lassen. Dabei wird meist nicht unrichtige Rechtsanwendung bzw. unzulässige Durchführung des Kontumazverfahrens gerügt, sondern meint der Säumige, zufolge durch die Abwesenheit bedingter prozessualer Nachteile ein für ihn ungünstiges Urteil erstritten zu haben, weshalb er eine Wiederholung der Gerichtsverhandlung verlangt<sup>494</sup>. Dementsprechend gelten für die Aufhebung des Kontumazurteils andere Voraussetzungen als bei den Rechtsmitteln des kontradiktorischen Verfahrens. Insbesondere darf die Aufhebung des Kontumazurteils nicht von rechtlichen Mängeln desselben abhängen. Wenn die ausgebliebene Partei nicht innerhalb der Purgationsfrist Wiederaufnahme des Verfahrens verlangt oder ein entsprechendes Gesuch abgewiesen wird, erwächst das Kontumazurteil in Rechtskraft.

In der Literatur werden die Verfahren zur Wiedergutmachung einer Säumnis eingeteilt in solche mit "Wiedereinsetzung in den vorigen Stand" (restitutio in integrum) und solche mit Einspruch<sup>495</sup>. Der Unterschied besteht darin, dass bei ersteren weitergehende Voraussetzungen, namentlich unverschuldete Säumnis gegeben sein müssen, währenddem letztere auf entsprechendes Gesuch hin "materiell voraussetzungslos"<sup>496</sup> zur Durchführung gelangen.

### 3.3.1.2. Voraussetzungen

Die Aufhebung des Säumnisurteils hängt von folgenden Voraussetzungen ab:

- Das aufzuhebende Urteil muss im Kontumazverfahren nach ZPO 125 ff. ergangen sein.
- Der Verfallte hat beim Gerichtspräsidenten innert Frist ein Aufhebungsgesuch zu stellen, wobei die sog. (absolute) Wiederherstellungs- oder Purgationsfrist im Kontumazurteil festgelegt wird und einen bis sechs Monate seit Mitteilung bzw. Bekanntmachung des Kontumazurteils beträgt<sup>497</sup>.
- Der Gesuchsteller hat nachzuweisen, dass er schuldlos ausserstande war, an der Hauptverhandlung zu erscheinen oder rechtzeitig ein Gesuch um unentgeltliche Prozessführung einzureichen<sup>498</sup>. Bezüglich des Verschuldens kann auf das zur Wiederherstellung einer Frist<sup>499</sup> Gesagte verwiesen werden.
- Ferner muss die säumige Partei, wenn sie nach Anhörung der Gegenpartei vom Gerichtspräsidenten hiezu verpflichtet wird, die gerichtlichen und aussergerichtlichen Kosten sicherstellen. Das Gesetz enthält keinen Verweis auf ZPO 40, sodass die Sicherstellungspflicht nicht vom Vorliegen bestimmter Umstände abhängig gemacht werden kann und völlig ins Ermessen des Gerichtspräsidenten gestellt ist. Diese Sicherstellungspflicht entfällt, wenn der säumigen Partei die unentgeltliche Rechtspflege gewährt wird, da diese für alle Gerichtsstellen und somit auch für das gesamte Verfahren gilt<sup>500</sup>.

Wird das Gesuch abgewiesen, kann dagegen Beschwerde an den KGA erhoben werden<sup>501</sup>

Leistet die ausgebliebene Partei der Vorladung zur zweiten Hauptverhandlung und - so ist aufgrund von ZPO 125 anzunehmen - Verpflichtung zur Leistung der gesetzlichen Vertröstung bzw. zur Beibringung der Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege erneut keine Folge, fällt das Wiederaufnahmeverfahren dahin, und das Kontumazurteil erwächst in Rechtskraft<sup>502</sup>. Für diesen Fall besteht keine Möglichkeit, die verpasste Frist bzw. Tagfahrt i.S. von ZPO 61 wieder herzustellen. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut von ZPO 132 sowie aus der Tatsache, dass die in ZPO (1955) 146 vorgesehene Möglichkeit in ZPO 132 ausdrücklich weggelassen wurde.

#### 3.3.1.3. Wirkungen der Aufhebung

Nach der früheren Regelung in ZPO (1955) 145 Abs. 3 wurde das Verfahren in denjenigen Zustand zurück versetzt, in welchem es sich befand, als die abwesende Partei aufhörte, sich daran zu beteiligen. Auf diese Weise konnte die säumige Partei sämtliche Handlungen nachholen, welche nach dem Zeitpunkt der ersten Säumnis hätten erfolgen sollen<sup>503</sup>. Es entstand somit die Situation, dass eine Partei, die (schuldhafterweise) eine Frist versäumt hatte, an der Hauptverhandlung aber wieder erschien, schlechter gestellt war, als diejenige, welche von der (verschuldeten) Fristversäumnis an überhaupt nichts mehr unternommen hat. Nach der neuen Regelung von ZPO 130 Abs. 2 setzt der Gerichtspräsident im Falle der Gutheissung des Gesuches um Wiederaufnahme lediglich eine neue Hauptverhandlung an. Früher versäumte Prozesshandlungen können somit auch bei Wiederaufnahme nicht nachgeholt werden.

#### 4. DIE ERSTRECKUNG UND WIEDERHERSTELLUNG PROZESSUALER FRISTEN

##### 4.1. Vorbemerkungen

In Anlehnung an Guldener<sup>504</sup> wird den nachstehenden Ausführungen folgende Terminologie zugrundegelegt: "Frist ist die Zeitspanne, innerhalb welcher eine Parteihandlung vorgenommen werden kann." Dies im Gegensatz zu den Terminen (Tagfahrten), den Zeitpunkten, "in welchen eine Verhandlung oder eine Beweisabnahme vor dem Gericht stattfindet oder das Gericht eine Entscheidung verkündet" und von denen hier nicht die Rede sein soll. Gegenstand der nachfolgenden Ausführungen bilden die Möglichkeiten der Parteien, eine vom Gesetz oder vom Richter gesetzte Frist vor deren Ablauf (Erstreckung) oder danach (Wiederherstellung) zu verlängern. Nicht behandelt wird die Berechnung der Fristen<sup>505</sup>.

Das Gesetz unterscheidet zwischen gesetzlichen und richterlichen<sup>506</sup> Fristen einerseits sowie peremptorischen und nicht peremptorischen<sup>507</sup> Fristen anderseits. Die Missachtung gesetzlicher Fristen hat die Verwirkung der betreffenden Prozesshandlung zur Folge, diejenige richterlichen Fristen nur, wenn die Säumnisfolge in der Verfügung angedroht wird<sup>508</sup>.

Die Erstreckung ist sowohl bei gesetzlichen Fristen, d.h. solchen, die vom Gesetz vorgeschrieben werden, und richterlichen, vom Richter angesetzten, möglich, aber nur bei nicht peremptorischen. Fristen für Rechtsmittel sowie solche, die im Gesetz oder bei der Ansetzung als peremptorisch bezeichnet werden, können indessen nicht erstreckt werden. Richterliche Fristen sind nur peremptorisch, wenn die Rechtsfolge der Säumnis ausdrücklich angedroht

wird<sup>509</sup>. Dazu sollte m.E. aber die Verwendung des Wortes "peremptorisch" genügen, wie dies auch bei gewissen gesetzlichen Bestimmungen der Fall ist<sup>510</sup>.

Die Ansetzung von Fristen dient der Prozessbeschleunigung sowie dem ordentlichen Verfahrensgang. Sie soll aber nicht unnötigerweise das materielle Recht hindern und schuldlosen Parteien Rechtsnachteile zufügen. Es ist deshalb notwendig, dass Fristen unter bestimmten Voraussetzungen verlängert werden können.

#### 4.2. Erstreckung<sup>511</sup>

Eine Erstreckung ist möglich bei nicht peremptorischen, gesetzlichen und richterlichen Fristen<sup>512</sup>. Sie ergeht als prozessleitende Verfügung des Gerichtspräsidenten (oder allenfalls des Gerichts), welchem der Ermessensentscheid zusteht, ob das Gesuch "begründet" erscheint. Dabei sind insbesondere der Grundsatz des rechtlichen Gehörs sowie die Prozessökonomie zu beachten<sup>513</sup>. Das Gesuch sollte die Verlängerungsgründe glaubhaft darlegen, da sie vom Gericht meist nicht ohne übermäßigen Aufwand überprüft werden können<sup>514</sup>. Eine zweite Fristerstreckung ist in der Regel nur mit Zustimmung der Gegenpartei möglich<sup>515</sup>. Die gleichen Grundsätze gelten für die Verschiebung von Tagfahrten.

#### 4.3. Wiederherstellung

##### 4.3.1. Vorbemerkungen

Mit der Wiederherstellung von versäumten Fristen befasst sich ZPO 61. Danach können grundsätzlich - dies im Unter-

schied zur Erstreckung - sämtliche Fristen wiederhergestellt werden, und zwar richterliche wie auch gesetzliche<sup>516</sup>. Ebenso kann die Wiederholung versäumter Tagfahrten verlangt werden<sup>517</sup>.

Zum Zwecke der Wiederherstellung einer Frist muss binnen 10 Tagen nach Wegfall des Hindernisses ein schriftliches Gesuch gestellt werden, über welches der Gerichtspräsident nach Anhörung der Gegenpartei entscheidet<sup>518</sup>. Dem Gesuchsteller obliegt der Beweis, dass ihm oder seinem Vertreter die Einhaltung der Frist infolge eines unverschuldeten Hindernisses nicht möglich war.

Nachfolgend wird der Versuch unternommen, die gesetzliche Regelung von ZPO 61 systematisch zu erfassen. Keine grosse Hilfe dazu beinhaltet die Praxis des KGer, weil dieses den Begriff des "unverschuldeten Hindernisses" stets als Ganzes zu definieren versucht, ohne seine einzelnen Elemente zu unterscheiden<sup>519</sup>.

Eine Säumnis kann im wesentlichen auf drei Ursachen zurückgeführt werden<sup>520</sup>:

- Die Einhaltung kann unmöglich sein (der Begriff der Unmöglichkeit ist nachstehend unter 4.3.2. noch zu definieren).
- oder die Einhaltung der Frist, d.h. das Ausüben der prozessualen Handlung wäre zwar möglich gewesen, aber die Partei wusste nicht, dass bzw. bis wann dies zu geschehen hatte. Sie unterlag somit einem Irrtum.
- wenn die Fristwahrung möglich war und die Partei wusste, was sie zu tun hatte, dann trifft sie oder deren Rechtsvertreter bzw. Hilfsperson an der Nichteinhaltung ein Verschulden. Dieses "direkte" Verschulden (z.B. Absicht, Vergesslichkeit) ist zu un-

terscheiden von der Frage, ob die Partei ein Verschulden am Eintritt der Unmöglichkeit oder am Bestand des Irrtums trifft.

Um zu ermitteln, welche Rechtsfolge bei Säumnis (Wiederherstellung oder keine Wiederherstellung) eintritt, sind die möglichen Ursachen im folgenden einer differenzierteren Betrachtung zu unterziehen.

#### 4.3.2. Unmöglichkeit (Hindernis)

Das Gesetz umschreibt die Unmöglichkeit in ZPO 61 mit dem Begriff des "Hindernisses" zur rechtzeitigen Vornahme einer Handlung. In der Literatur wird unterschieden zwischen objektiver und subjektiver Unmöglichkeit<sup>521</sup>. Vereinfacht möge die Definition gelten, objektiv unmöglich sei eine Handlung, die von niemandem ausgeführt werden kann, und subjektiv unmöglich eine solche, die bloss vom betreffenden Subjekt nicht ausgeführt werden kann. Dem Gesetzestext ergeht indessen nicht, welche Art der Unmöglichkeit, d.h. objektive oder subjektive, für eine Wiederherstellung vorausgesetzt wird. Zwar hat das KGer einmal erkannt, "...ein unverschuldetes Hindernis (liege) nur dann vor, wenn die Fristwahrung objektiv unmöglich war"<sup>522</sup>. Die übrigen, im erwähnten Entscheid enthaltenen Erwägungen des KGer zeigen aber, dass damit nicht die objektive Unmöglichkeit im obigen engeren Sinne gemeint ist, sondern Elemente der Begriffe des Verschuldens und der Unmöglichkeit vermischt wurden. Auch im Sinne des KGer ist daher m.E. anzunehmen, unverschuldete subjektive Unmöglichkeit der Wahrung einer Frist reiche zu deren Wiederherstellung aus, zumal objektive Unmöglichkeit äusserst selten eintritt und somit eine Wiederherstellung in den meisten Fällen schon am Fehlen eines "Hindernisses" scheitern würde, ohne dass die Verschuldensfrage überhaupt geprüft werden müsste<sup>523</sup>.

Allerdings erschiene es verfehlt, der Prüfung der Voraussetzungen von ZPO 61 zur Wiederherstellung einer Frist einen Begriff der Unmöglichkeit im engsten Sinne zu Grunde legen zu wollen. Vielmehr soll eine Abwägung stattfinden zwischen der Notwendigkeit der Fristwahrung und dem Aufwand, den eine Partei dafür betreiben müsste. Dies hat auch das KGer getan, indem es eine von Birchmeier vertretene, auf einen alten BGE zurückzuführende Ansicht übernahm, wonach "es genügt, dass die Verhinderung durch einen Umstand eingetreten ist, ... dessen Abwendung übermässige Anforderungen gestellt hätte"<sup>524</sup>.

Ein Hindernis i.S. von ZPO 61 Abs. 1 ist demnach gegeben, wenn der Säumige die Frist nur durch Erfüllung übermässiger Anforderungen hätte einhalten können.

Wird die Unmöglichkeit nach dieser Definition bejaht, ist noch zu prüfen, ob die Partei am Eintritt der Unmöglichkeit ein Verschulden trifft; denn nur ein unverschuldetes Hindernis erlaubt nach ZPO 61 Abs. 1 eine Wiederherstellung der Frist.

Beispiele für selbstverschuldete Unmöglichkeit bilden namentlich die Fälle von reisebedingter Abwesenheit während des gesamten Fristenlaufs<sup>525</sup>. Hier wäre es der Partei zumindest möglich, ohne "übermässige Aufwendungen" entweder zu Hause zu bleiben oder einen Vertreter zu bestellen. Da sie dies aus Nachlässigkeit oder Pflichtversäumnis unterlässt, liegt ein selbstverschuldetes Hindernis vor.

Das KGer bemüht sich, bei der Wiederherstellung eine strenge Praxis zu üben, und führt dazu aus: "Das Hindernis muss ein unverschuldetes, wie Krankheit, Brandfall, Lawinenniedergang etc. sein"<sup>526</sup>. Eine solche Argumentation lässt indessen ausser Acht, dass diese Hindernisse, wie alle andern (z.B. Abwesenheit), verschuldet oder unverschuldet

sein können. Entgegen der Annahme des KGer wird bei der erwähnten Argumentation der strenge Massstab aber auch nicht beim Verschulden, welches die säumige Partei am Eintritt des Hindernisses trifft, angelegt, sondern wiederum beim Begriff der Uebermässigkeit der Anforderungen, die hätten erfüllt werden müssen, um die Frist zu wahren. In diesem Lichte kann es aber keine Rolle spielen, ob die Feuersbrunst oder die Krankheit selbstverschuldet ist oder nicht, da die subjektive Unmöglichkeit allemal die gleiche bleibt.

M.E. kann solch "entferntes" Verschulden am Eintritt des Hindernisses im übrigen ohnehin unbeachtlich bleiben, da nicht einzusehen ist, weshalb z.B. die grobfahrlässige Verursachung einer Feuersbrunst zu prozessualen Nachteilen in einer völlig anderen Sache führen soll. Anders verhält es sich indessen, wenn die Feuersbrunst oder die Krankheit in der Absicht, ein "Hindernis" im Sinne von ZPO 61 Abs. 1 zu schaffen, herbeigeführt wurde, welcher Fall der Partei natürlich als Verschulden im Sinne von ZPO 61 Abs. 1 anzulasten ist.

Diese Ueberlegungen führen zum Schluss, dass ein Verschulden an der Unmöglichkeit, das mit dem Prozess in absolut keinem Zusammenhang steht (man könnte hier auch die haftpflichtrechtliche Terminologie heranziehen: Das Verschulden ist nicht mehr die adäquate Ursache der Fristversäumnis), unbeachtlich ist.

#### 4.3.3. Verschulden

Vom Verschulden am Hindernis im Sinne von ZPO 61 Abs. 1 (welches oben unter 4.3.2. betrachtet wurde) oder am Irrtum (vgl. 4.3.4. nachstehend) ist das "direkte" Verschulden an der Säumnis zu unterscheiden, bei welchem die Par-

tei untätig bleibt, obwohl kein Hindernis im Sinne des Gestzes vorliegt und sie um ihre Pflicht weiss. Ein Beispiel hiefür findet sich im schon mehrfach zitierten PKG 1961 26 84: Einer Prozesseingabe lag der Leitschein nicht bei, weshalb die Klage gestützt auf ZPO 83 zufolge Verspätung abgeschrieben wurde. Durch die fahrlässige Unterlassung einer Kontrolle der mit der Prozesseingabe einzureichenden Beilagen hat der Anwalt nicht etwa schuldhaft ein Hindernis gesetzt, welches die Fristwahrung nicht zuliess (wie dies z.B. beim Weltreisenden der Fall ist); denn die Möglichkeit zur Fristerfüllung hat für ihn in jedem Zeitpunkt bestanden.

In diesem Zusammenhang stellt sich noch die Frage, wen die Folgen von Drittverschulden - und zwar hinsichtlich des hier behandelten "direkten" Verschuldens als auch desjenigen am Hindernis im Sinne von ZPO 61 Abs. 1 oder am Irrtum - treffen sollen bzw. ob die Partei nur eigenes Verschulden oder auch solches von Vertretern und Hilfspersonen zu vertreten habe. Als solche Drittpersonen kommen drei Personengruppen in Frage:

- der Prozessvertreter
- die sog. Hilfsperson der Partei (Büroangestellte usw.)<sup>527</sup>
- die sog. Hilfspersonen des Prozessvertreters

Bezüglich des Erstgenannten besteht in Lehre und Praxis Einigkeit; die Handlungen und somit das Verschulden des Prozessvertreters sind der Partei uneingeschränkt zuzurechnen<sup>528</sup>. Dies dürfte auch dem Willen von ZPO 61 Abs. 1 entsprechen, dessen Formulierung allerdings etwas unklar ausgefallen ist und zutreffender lauten könnte: "... wenn bewiesen wird, dass die Einhaltung wegen eines Hindernisses, das weder von ihr noch von ihrem Vertreter verschuldet wurde, nicht möglich war."

Aus der Feststellung, dass die Handlungen des Prozessvertreters der Partei uneingeschränkt zuzurechnen sind, kann geschlossen werden, dass bei Verschulden von Hilfspersonen sowohl der Partei als auch des Rechtsvertreters die nämlichen Folgen eintreten. Es stellt sich demnach die Frage, ob ein Verschulden von sog. Hilfspersonen der Partei oder des Anwaltes die Wiederherstellung einer Frist zulässt oder nicht. Das KGer hat sie im erwähnten Entscheid PKG 1961 26 84 offen gelassen, nebenbei aber bemerkt, dass "eine ordnungsgemässe Durchführung des Prozesses bedenklich ins Wanken geraten würde...", wenn man die Wiederherstellung bei Verschulden der Hilfsperson zuliesse. Seither wurde die Frage - soweit ersichtlich - vom KGer nicht mehr geprüft.

Demgegenüber hat das Bundesgericht in seiner Praxis zu OG 35 Abs. 1, welche Bestimmung bei etwas anderer Formulierung die gleiche Regelung enthält wie ZPO 61 Abs. 1, erkannt: "Gemäss Art. 101 OR, welche Bestimmung nicht nur im rechtsgeschäftlichen Verkehr, sondern auch im Verkehr zwischen Privaten und Amtsstellen (z.B. Gerichten) anzuwenden ist (s. BGE 94 I 251 in fine), müsste sich der Anwalt das diesfalls in der Missachtung einer klaren Anordnung bestehende Verhalten der Hilfsperson wie sein eigenes anrechnen lassen. Als eigenes Handeln des Verteidigers aber wäre ein solches ohne Zweifel schuldhaft (siehe Keller, Haftpflichtrecht im Privatrecht, 3. Aufl. S. 316)"<sup>529</sup>. Diese Ansicht ist indessen nicht unbestritten. Birchmeier<sup>530</sup> und Guldener<sup>531</sup> halten dafür, in Anwendung von OR 55 sei die Partei bzw. der Rechtsvertreter zum Exzeptions-Beweis (cura in eligendo, instruendo et custodiendo) zuzulassen. M.E. ist der bundesgerichtlichen Auffassung zuzustimmen. Das Verhältnis<sup>532</sup> einer Partei zum Gericht bzw. zur Gegenpartei weist jedenfalls mehr Ähnlichkeit zu einem Vertragsverhältnis auf, für welches die Haftung des Geschäftsherrn gegenüber dem Geschädigten in OR 101 umschrieben

ist, als zur völligen Beziehungslosigkeit, welche im Anwendungsbereich von OR 55 zwischen dem Geschäftsherrn und dem (ausservertraglich) Geschädigten vor der Schädigung herrscht.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Partei im Sinne von OR 101 für Verschulden der eigenen Hilfsperson sowie derjenigen des Anwaltes wie für ihr eigenes einzustehen hat. Eine andere Lösung brächte eine ungebührliche Ausweitung der Wiederherstellungsmöglichkeiten und eine Benachteiligung der Gegenpartei mit sich, zumal Partei und Rechtsvertreter im Falle von Säumnis geneigt sein könnten, die Schuld auf eine Hilfsperson zu schieben und sich zu exzipieren versuchen. Allerdings soll bei dieser Betrachtungsweise nicht übersehen werden, dass es auch Kantone gibt, in denen die analoge Anwendung von OR 55 zum Gesetz erhoben wurde, so namentlich ZG GVG 199 Abs. 2.

#### 4.3.4. Irrtum

Was in Fällen unverschuldeten Irrtums zu geschehen hat, indem z.B. die Partei um den Ablauf einer Frist nicht weiss, weil sie ihr nicht oder verspätet<sup>533</sup> mitgeteilt wurde<sup>534</sup>, sagt das Gesetz nicht. Die Formulierungen in den erwähnten PKG-Entscheiden deuten aber darauf hin, dass das KGer den unverschuldeten Irrtum dem unverschuldeten Hindernis gleichsetzt<sup>535</sup>. Bei konsequenter Betrachtungsweise erscheint dies unzutreffend, da den Irrenden tatsächlich nichts hindert, die geforderte Parteihandlung vorzunehmen; ihm fehlt nur der entsprechende Antrieb. Es führt aber zum m.E. richtigen Ergebnis, dass auch unverschuldeter Irrtum zur Wiederherstellung berechtigt<sup>536</sup>.

Als Beispiel selbstverschuldeten Irrtums kommt etwa die Abwesenheit während der Zustellungsfrist in Frage, wenn die

Partei mit dem Beginn eines Fristenlaufs zu rechnen hatte<sup>537</sup>.

## IV. DAS KANTONALRECHTLICHE VOLLZUGSVERFAHREN

---

### 1. ABGRENZUNG

Das Vollzugsverfahren für rechtskräftige Zivilurteile findet seine Regelung in ZPO 252-263. Die Anwendbarkeit dieser Bestimmungen ist jedoch nach verschiedenen Seiten hin abzugrenzen<sup>538</sup>.

#### 1.1. Vom Vollzug anderer Entscheide als Rechtskräftiger Zivilurteile

Entscheide der Verwaltungsbehörden und des Strafrichters werden nach Massgabe der entsprechenden speziellen Verfahrensvorschriften<sup>539</sup> bzw. nach SchKG<sup>540</sup> vollzogen. Eine Ausnahme hiervon bilden im Adhäsionsverfahren nach StPO 103 ff. ergangene Zivilurteile, deren Vollstreckung nach der ZPO erfolgt, falls nicht das SchKG zur Anwendung gelangt.

Vorsorgliche Verfügungen nach ZPO 52 vollzieht der betreffende Gerichtspräsident selbst<sup>541</sup>. Hinsichtlich der Massnahmeentscheide anderer Kantone herrscht in Lehre und Rechtsprechung allerdings Uneinigkeit darüber, ob BV 61 deren Vollstreckung - ausser bei bundesrechtlichen Bestimmungen, wie ZGB 145 - ebenfalls verlangt<sup>542</sup>. Für den Fall, dass solche Massnahmen ausserhalb des Kantons vollstreckt werden müssen, gilt es somit die entsprechenden Bestimmungen der ausserkantonalen ZPO zu beachten. So bestimmt z.B. ZH ZPO 301, vorsorgliche Massnahmen inländischer Schiedsgerichte oder von Gerichten anderer Kantone seien vollstreckbar. Dies bedeutet, dass der bündner Richter bloss für den Erlass einer vorsorglichen Verfügung zuständig ist, deren Vollstreckung, z.B. die Wahl der Vollzugsart, indessen dem

zürcher Richter vorbehalten bleibt.

Im Konkordat über die Vollstreckung von Zivilurteilen<sup>543</sup> (welchem der Kt. GR nicht beigetreten ist) werden die vorsorglichen Verfügungen den Urteilen gleichgestellt<sup>544</sup>. Die gleiche Ansicht vertritt Guldener<sup>545</sup>, welcher allerdings den Vorbehalt anbringt, Verfügungen zur Sicherung einer künftigen Vollstreckung könnten nur von den Behörden im Kanton der gelegenen Sache erlassen werden.

### 1.2. Vom vorausgehenden Zivilprozess

Aufgabe des Zivilprozesses bis hin zum Urteil ist es, Aussagen über die materielle Rechtslage zu machen (Entscheidungs- oder Erkenntnisverfahren)<sup>546</sup>. Die Rechtslage wird festgestellt, geändert oder der Beklagte wird zu einem Tun oder Unterlassen verurteilt. Nur wenn das Urteil nicht freiwillig befolgt wird, kommt es zum Vollstreckungsverfahren<sup>547</sup>. Während im Verfahren nach SchKG das Erkenntnis- und das Vollzugsverfahren eng miteinander verflochten sind, lässt sich das kantonale Vollzugsverfahren recht genau vom vorausgehenden Prozess bzw. Erkenntnisverfahren abtrennen; dies vor allem auch, weil das Vollzugsverfahren überhaupt erst beginnen kann, wenn ein Vollstreckungstitel vorliegt, wogegen im SchKG schon auf bloße Behauptung hin, z.B. durch ein Betreibungsbegehren, das Verfahren eröffnet wird. Das KGer hat am Beispiel der Erbteilung denn auch klar festgestellt, der Zivilrichter dürfe im Prozess nicht in die Befugnisse der Vollzugsorgane eingreifen: "... ist nach bündnerischem Recht die reale Teilung des Nachlasses - bei Uneinigkeit der Erben - nicht Aufgabe der Bezirksgerichte im Erbteilungsprozess, sondern nach Art. 2 Ziff. 14 und 15 EG zum ZGB Sache des Kreisamtes. Dem Bezirksgericht obliegt nur, materiellrechtlich die Höhe der Hinterlassenschaft festzustellen und die pro-

zentualen Anteile der einzelnen Erben zu berechnen. Zu teilen steht nicht in seiner Macht. Dies ist bereits ein Akt der Vollstreckung, der systemgetreu (vgl. Art. 255 ff. ZPO) in den Aufgabenbereich des Kreispräsidenten fällt.<sup>548</sup>

Andererseits dürfen die Vollstreckungsorgane nicht in das materielle Recht eingreifen. So kann z.B. der Steigerungsleiter keine Aenderungen am Streitobjekt verfügen, "denn damit begibt er sich bereits in den Bereich des materiellen Rechts, in welchem ihm aber jede Zuständigkeit fehlt".<sup>549</sup> Der Amtsbefehl<sup>550</sup> als Aufforderung zum Vollzug hat sich deshalb streng an den Inhalt des Urteilsdispositivs zu halten<sup>551</sup>.

### 1.3. Vom Verfahren nach SchKG

Forderungen auf Geldzahlung werden nach dem Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vollstreckt, desgleichen solche auf Sicherheitsleistung, falls diese in Geldhinterlage zu erbringen ist oder dem Schuldner die Wahl der Sicherungsmittel zusteht, wobei im letzteren Fall die bundesrechtliche Zwangsvollstreckung nach SchKG durch Personal- oder Realkaution verhindert werden kann<sup>552</sup>. Die bundesrechtliche Regelung ist abschliessend und ihre Anwendung zwingend, so dass das Verfahren nach ZPO 252 ff. für Ansprüche auf Geldzahlung nicht zur Anwendung gelangt. Der Zivilrichter darf auch nicht in ein Betreibungsverfahren eingreifen, wo dies nicht vom SchKG selbst vorgesehen wird<sup>553</sup>.

Umstritten ist lediglich, wie eine Geldzahlung an einen Dritten durchgesetzt wird. Zu diesem Problem hat das Kassationsgericht des Kantons Zürich entschieden<sup>554</sup>, bei echten sowie unechten Verträgen z.G. Dritter finde das Betrei-

bungs- und Arrestverfahren Anwendung. Beim echten Vertrag z.G. Dritter sei sowohl der Promittent als auch der Dritte berechtigt, die Zahlung und somit die Zwangsvollstreckung nach SchKG zu verlangen, beim unechten lediglich der Promittent, wobei das Betreibungsamt die betriebene Summe allerdings direkt dem Dritten auszahlen könne<sup>555</sup>.

Letztlich ist das Vollstreckungsverfahren nach SchKG<sup>556</sup> auch gegeben bei Unmöglichkeit der kantonalechtlichen Vollstreckung, für welchen Fall eine Umwandlung in eine Geldleistung erfolgt<sup>557</sup> und dann nach SchKG verfahren wird.

#### 1.4. Vom vormundschaftlichen Verfahren

Nach ZGB 315a Abs. 1 werden durch ein Scheidungsurteil angeordnete Kindesschutzmassnahmen von der Vormundschaftsbehörde vollzogen. Dieses Verfahren ist im EG zum ZGB<sup>558</sup>, Art. 68 ff. geregelt. Der Grund für diese Ordnung liegt darin, dass "die mit den Verhältnissen eher vertrauten Vormundschaftsorgane die geeignetste Art des Vollzugs einer richterlichen Massnahme zweifellos besser zu bestimmen imstande sind als der Richter selbst..."<sup>559</sup>.

## 2. DER VOLLSTRECKUNGSTITEL

### 2.1. Vorbemerkungen

Vollstreckbar sind nur Titel, durch welche jemand zu einer Leistung verpflichtet wird. Gestaltungs- und Feststellungsurteile enthalten keine solchen Verpflichtungen und können daher schon aus diesem Grunde nicht vollzogen werden<sup>560</sup>.

Weiter muss der Titel in formelle Rechtskraft erwachsen sein<sup>561</sup>. Diese Voraussetzung ist nicht erfüllt, solange die Frist für ein ordentliches Rechtsmittel läuft oder falls einem ausserordentlichen Rechtsmittel aufschiebende Wirkung zuerkannt wird<sup>562</sup>.

Diese beiden Anforderungen gelten nicht nur für Urteile, sondern auch für die übrigen Vollstreckungstitel (ZPO 252 Abs. 2)<sup>563</sup>. Im einzelnen sind nach ZPO 252 die nachfolgend genannten Titel zum Vollzug geeignet.

### 2.2. Sachurteile bündnerischer und eidgenössischer Gerichte

Nach der Legaldefinition von ZPO 120 gelten als Urteile gerichtliche Entscheide über Hauptfragen. Gemeint sind damit also Sachurteile, die sich zur materiellen Rechtslage äussern, so auch die Kontumaz-, Erläuterungs- und Revisionsurteile<sup>564</sup>. Ebenfalls zu den Sachurteilen zählen die Klageanerkennung und der Vergleich<sup>565</sup>, und zwar auch der vermittleramtliche<sup>566</sup>.

Sofort und vorbehaltlos zum Vollzug geeignet sind die rechtskräftigen Urteile der bündnerischen Zivilgerichte gemäss ZPO 16 ff. und GVG 1 ff. sowie diejenigen der mit der

Bundesrechtspflege betrauten Behörden, namentlich des Bundesgerichts<sup>567</sup>.

### 2.3. Schiedssprüche Bündnerischer Schiedsgerichte

Hier gilt das Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit<sup>568</sup>. Art. 44 des Konkordats nennt vier alternative Voraussetzungen, unter denen der Schiedsspruch zu vollziehen ist, nämlich falls:

- a) die Parteien ihn ausdrücklich anerkannt haben;
- b) oder gegen ihn binnen der Frist des Art. 37 Abs. 1 Konk. keine Nichtigkeitsbeschwerde eingereicht worden ist;
- c) oder einer rechtzeitig eingereichten Nichtigkeitsbeschwerde keine aufschiebende Wirkung gewährt worden ist;
- d) oder eine erhobene Nichtigkeitsbeschwerde dahingefallen oder abgewiesen worden ist.

Demgegenüber bildet die Vollstreckbarkeitsbescheinigung<sup>569</sup> lediglich Voraussetzung für den ausserkantonalen Vollzug<sup>570</sup>.

Schiedssprüche, die dem ordre public<sup>571</sup> widersprechen<sup>572</sup>, sind auch interkantonal nicht vollstreckbar.

### 2.4. Ausserkantonale Titel<sup>573</sup>

#### 2.4.1. Schweizerische

Nach BV 61 sind rechtskräftige Zivilurteile kantonalen Gerichte in der ganzen Schweiz zu vollziehen. Dieser Grund-

satz erfährt jedoch Einschränkungen, welche in SchKG 81 Abs. 2 festgehalten sind und auch für die kantonalrechtliche Vollstreckung gelten<sup>574</sup>. Das Urteil wird nur vollstreckt, wenn

- es von einem zuständigen Gericht erlassen wurde
- eine gehörige Vorladung erfolgt ist und der Gesuchsgegner nötigenfalls gesetzlich vertreten war
- es nach dem Recht des Prozessgerichts rechtskräftig und vollstreckbar ist und
- zusätzlich die nach Bündner Recht<sup>575</sup> nötige Vollstreckbarkeitsbescheinigung der kompetenten ausserkantonalen Behörde vorliegt.

Nach Ansicht von Guldener<sup>576</sup> sind diese Voraussetzungen entgegen dem Gesetzeswortlaut nicht bloss auf Einrede hin<sup>577</sup>, sondern von Amtes wegen zu prüfen. Diese Forderung erscheint auch bezüglich des Bündner Rechts begründet, zumal der Vollstreckungsbeklagte den Amtsbefehl samt Androhung erhält, bevor er entsprechende Einwände erheben könnte.

Auch für die ausserkantonalen Schiedssprüche gelten BV 61 und SchKG 81<sup>578</sup>. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts gilt hier aber das zusätzliche Erfordernis, dass "das Urteil des Schiedsgerichts genügend Gewähr für eine unabhängige Rechtsprechung"<sup>579</sup> bieten muss. Ist diese Anforderung nicht erfüllt, steht dem Betroffenen im interkantonalen Verhältnis eine entsprechende Einrede zu<sup>580</sup>, während derartige Mängel innerkantonal auf dem Rechtsmittelweg zu rügen sind<sup>581</sup>.

Ferner gilt auch bei der Vollstreckung von Schiedssprüchen der Vorbehalt des ordre public des Vollzugskantons<sup>582</sup>. Andere Einwendungen<sup>583</sup> sind jedoch, wie beim Vollzug von Urteilen ordentlicher Gerichte, nicht zulässig, sondern in

dem für Schiedsverfahren vorgesehenen Rechtsmittelverfahren vorzubringen.

Die nach Konk. 44 nötige Vollstreckbarkeitserklärung entspricht derjenigen für ausserkantonale Urteile nach ZPO 261 Abs. 1.

#### 2.4.2. Ausländische

Wo das Bundesrecht<sup>584</sup> oder ein Staatsvertrag<sup>585</sup> bezüglich der Vollstreckung bzw. Vollstreckbarkeit eines ausländischen Urteils eine Regelung getroffen haben, geht diese vor, und die Regeln der ZPO gelten dann subsidiär<sup>586</sup>. Ansonsten gilt das kantonale Recht, auch bei Vollstreckungen nach SchKG<sup>587</sup>. Falls ein entsprechender Staatsvertrag besteht, ist bei letzteren, d.h. bei Ansprüchen auf Geldzahlung bzw. Sicherheitsleistung, über die Vollstreckbarkeit ausländischer Urteile im Rechtsöffnungsverfahren zu entscheiden<sup>588</sup>; in allen anderen Fällen auf Gesuch hin durch den Kantonsgerichtspräsidenten<sup>589</sup>. Unter Vorbehalt von abweichenden staatsvertraglichen Regelungen bewilligt dieser die Vollstreckung, wenn die folgenden Voraussetzungen erfüllt sind:

- Das Urteil muss rechtskräftig sein<sup>590</sup>. Der Begriff der Rechtskraft wird nach bündnerischem Recht ausgelegt. Deren Vorliegen beurteilt sich jedoch nach dem Prozessrecht des Urteilsstaates, d.h. es ist darauf abzustellen, ob das Urteil durch den ausländischen Richter im selben Verfahren bzw. im ordentlichen Rechtsmittelverfahren noch geändert werden kann<sup>591</sup>.
- Es soll von einem nach den Grundsätzen des schweizerischen Rechts zuständigen Gericht erlassen worden sein<sup>592</sup>. Gemeint ist damit jedoch nur die internatio-

nale örtliche Zuständigkeit. Ihre Verletzung kann aber unbeachtlich bleiben, wenn im Prozess Einlassung vorlag<sup>593</sup>. Demgegenüber bestimmen sich die örtliche sowie die sachliche Zuständigkeit innerhalb des Urteilsstaates nach ausländischem Recht, d.h. dem Recht des betreffenden Staates, und sind vom Bündner Richter nicht zu überprüfen<sup>594</sup>.

- Dem Verpflichteten muss das rechtliche Gehör gewährt worden sein<sup>595</sup>. Dabei ist auf allgemeine schweizerische Rechtsgrundsätze abzustellen, nicht auf das "allenfalls strengere" Bündner Recht<sup>596</sup>.
- Der Vollzug darf nicht gegen die Grundsätze öffentlicher Ordnung und guter Sitte verstossen<sup>597</sup>. Dieses Erfordernis wird in der Literatur mit "Vorbehalt des ordre public"<sup>598</sup> umschrieben.
- Keine Voraussetzung bildet indessen ein Gegenrecht des ausländischen Urteilsstaates. Dazu wurde in PKG 1967 69 143 entschieden, es handle sich dabei "um ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzes" in dem Sinne, als das Erfordernis des Gegenrechts nicht mehr bestehe.

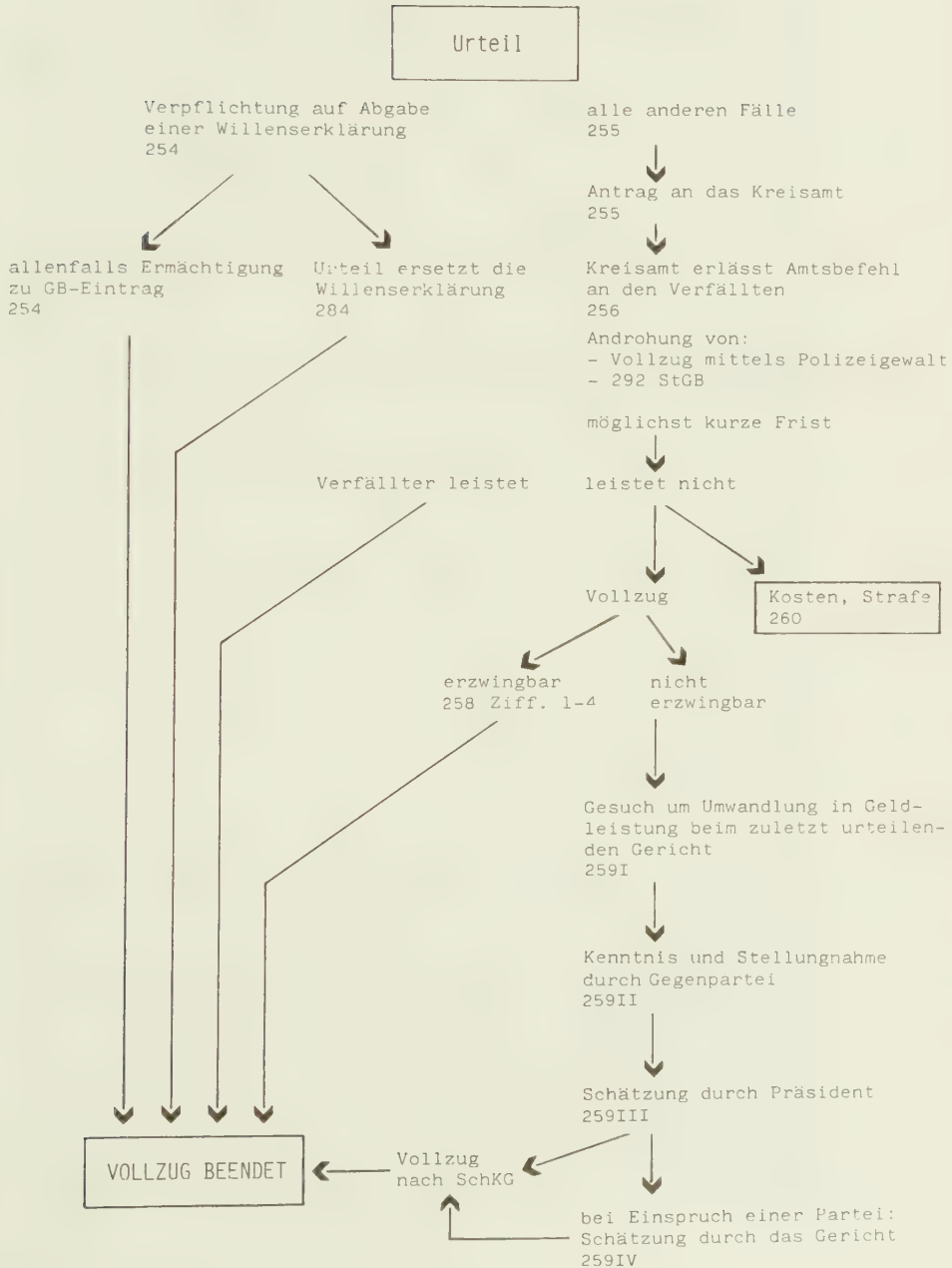
Im nämlichen Entscheid erkannte das Kantonsgericht ferner, materielle Einwendungen, wie z.B. diejenige der mangelnden Passivlegitimation, seien unzulässig, da deren Beachtung "auf eine Verweigerung von Anerkennung und Vollstreckung hinauslaufen" würde.

Für die Vollstreckung ausländischer Schiedsurteile gelten die gleichen Regeln<sup>599</sup> wie für die Urteile ordentlicher ausländischer Gerichte, wobei aber überdies die Bestimmungen für die Vollstreckung ausserkantonaler Schiedssprüche zu beachten sind<sup>600</sup> und auch hier wiederum ein Vorbehalt z.G. anderslautender staatsvertraglicher Regelungen besteht.

### 3. VERFAHREN

#### 3.1. Verfahrensablauf

Damit die ausführliche Regelung des Gesetzes hier nicht unnötig wiederholt wird, sei der Ablauf des Vollstreckungsverfahrens von ZPO 252 ff. zunächst anhand einer Tafel festgehalten:



### 3.2. Urteile auf Abgabe einer Willenserklärung<sup>601</sup>

Lautet das Urteil auf Abgabe einer Willenserklärung, so wird diese durch das Urteil ersetzt. Dieser in ZPO 254 festgehaltene Grundsatz gilt schon von Bundesrechts wegen<sup>602</sup>. Das Urteil genügt jedem Formerfordernis, namentlich auch dem der öffentlichen Beurkundung<sup>603</sup>. Eine Ausnahme besteht einzig bezüglich wertpapierrechtlicher Erklärungen, die durch Ersatzvornahme zu erbringen sind<sup>604</sup>. Eine Ermächtigung des urteilenden Richters ist sodann notwendig, wenn die Willenserklärung ein im Grundbuch einzutragendes Recht betrifft<sup>605</sup>. Diese Ermächtigung ist - wird das entsprechende Begehren nicht mit der Leistungsklage verbunden - vom urteilenden Richter auf Vollstreckungsgesuch hin und nicht von Amtes wegen zu erteilen<sup>606</sup>. Hier liegt die Zuständigkeit für eine Vollstreckungsmassnahme also nicht beim Kreisamt, sondern ausnahmsweise beim urteilenden Gericht (vgl. dazu ausführlich unter 3.3.1.4.).

### 3.3. Andere Fälle

#### 3.3.1. Zuständigkeit

Titel, bei denen die Verpflichtung auf eine andere Leistung als die Abgabe einer Willenserklärung lautet, werden nach ZPO 255 auf Gesuch hin durch das Kreisamt vollzogen. Die örtliche Zuständigkeit liegt für persönliche Ansprüche am Wohnsitz des Verpflichteten, für dingliche am Ort der gelegenen Sache<sup>607</sup>. Geprüft wird lediglich die Identität der Parteien<sup>608</sup>, die Eignung des vorgelegten Titels zum Vollzug durch das angerufene Amt nach den Vorschriften von ZPO 252-254 und ZPO 261-262 sowie ob der Urteilsvollzug nicht erst auf einen späteren Zeitpunkt hin festgesetzt worden ist<sup>609</sup>. Eine Anhörung des Verpflichteten, nament-

lich die Zulässigkeit von Einreden, ist nicht vorgesehen<sup>610</sup>. Es bleibt nur der Weg der Beschwerde nach ZPO 263 in Verbindung mit ZPO 232 ff.

### 3.3.2. Amtsbefehl

Das Kreisamt erlässt sodann einen Amtsbefehl, welcher enthält:

- die Aufforderung, innert angesetzter Frist dem Urteil Folge zu leisten. Keine Frist wird zur Erfüllung von Unterlassungspflichten gesetzt, da diese sofort zu beachten sind<sup>611</sup>.
- Die Androhung des Vollzugs mittels Polizeigewalt und der Bestrafung nach StGB 292.

Der Vollstreckungsbefehl kann sich grundsätzlich nur gegen Personen richten, die im Erkenntnisverfahren Partei waren<sup>612</sup>. Aus Bundeszivilrecht folgt aber, dass sich ein Dritter die Vollstreckung eines Urteils in seine Rechte nicht gefallen lassen muss<sup>613</sup>. Der wörtlich mit ZH ZPO 305 Abs. 1 übereinstimmende ZPO 257 räumt daher dem Dritten, der behauptet, die Vollstreckung verletze seine Rechte, eine Einsprachemöglichkeit ein. Diese Einsprache wird im Befehlsverfahren entschieden. Erscheint das geltend gemachte Drittrecht glaubhaft, ist das Vollstreckungsgesuch abzuweisen<sup>614</sup>. Wird die Einsprache abgelehnt, erlässt der Kreispräsident einen Amtsbefehl i.S. von ZPO 256. Ist der Gesuchsbeklagte Besitzer des Vollstreckungsobjektes, liegt es am Einsprecher, sein behauptetes besseres Recht gegenüber dem Gesuchsbeklagten oder, nach erfolgter Vollstreckung, allenfalls gegenüber dem Kläger prozessual geltend zu machen. Steht die Sache dagegen in Gewahrsam eines Dritten, hat der Kläger nicht nur das Vollstreckungsbegehren gegen den Dritten zu richten, sondern vorerst dessen Verur-

teilung im Erkenntnisverfahren zu erwirken, es sei denn, dieser besitze nur für den Vollstreckungsbeklagten, ohne eigene Rechte zu beanspruchen<sup>615</sup>.

Leistet ein Kind Widerstand gegen eine im Scheidungsurteil seiner Eltern enthaltene, seine Person betreffende Anordnung, wie z.B. Kinderzuteilung oder Besuchsrecht, so ist die Vormundschaftsbehörde zum Vollzug kompetent<sup>616</sup>, zumal sich der Vollzugsbefehl bloss an die verpflichtete Partei wenden kann. Ein solcher Befehl direkt an den verpflichteten Elternteil wäre somit nur möglich, wenn dieser das Kind dem anderen vorenthielte<sup>617</sup>.

### 3.3.3. Folgen der Renitenz

#### 3.3.3.1. Der Vollzug i.e.S.

Wird dem Amtsbefehl innert der angesetzten Frist keine Folge geleistet und wird dagegen nicht Beschwerde geführt<sup>618</sup> oder diese abgewiesen, "so besorgt das Kreisamt unverzüglich den Vollzug"<sup>619</sup>. Dazu stehen folgende Mittel zur Verfügung:

##### 3.3.3.1.1. Polizeigewalt

Polizeigewalt kann eingesetzt werden für die Uebertragung des Besitzes an Grundstücken und beweglichen Sachen<sup>620</sup> sowie bei nicht vertretbaren Leistungen<sup>621</sup>. Als Spezialfall nennt ZPO 258 Ziff. 3. noch die Vornahme von Teilungs- und Grenzsetzungsakten in Abwesenheit des Betroffenen, welche in der Regel durch den Kreispräsidenten selbst durchgeführt werden.

### 3.3.3.1.2. Ersatzvornahme

Vertretbare Leistungen werden vollstreckt, indem Dritte auf Kosten des Pflichtigen angestellt werden<sup>622</sup>. Im Zweifel sollte Vertretbarkeit angenommen werden, da die Ersatzvornahme einen geringeren Eingriff in die Persönlichkeit des Schuldners darstellt als die Anwendung von Polizeigewalt<sup>623</sup>. Ebenfalls zugelassen werden sollte m.E. die Ersatzvornahme durch den Kläger auf Kosten des Verfallten<sup>624</sup>.

Was geschehen soll, wenn die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners von vornherein feststeht, wird von der Bündner ZPO nicht beantwortet. Nach Bundeszivilprozessrecht<sup>625</sup> hat die berechtigte Partei die Kosten der Vollstreckung bzw. der Ersatzvornahme vorzuschüssen. Die ZPO spricht in den Art. 37 und 40 nur von den gerichtlichen und aussergerichtlichen Kosten der Gegenpartei. Dennoch sollte hier die bundesrechtliche Regelung angewandt werden, weil sich ohne Sicherstellung gar kein Dritter finden dürfte, der auf Kosten des zahlungsunfähigen Schuldners die Ersatzvornahme übernimmt. Dies entspricht sicherlich auch Sinn und Zweck von ZPO 37 und 40, welche eine Sicherstellungspflicht der mutmasslichen Kosten stipulieren, bevor gerichtliche Handlungen vorgenommen werden müssen; und als gerichtliche Handlungen qualifizieren sich natürlich auch die Urteilsvollstreckung und im speziellen die Ersatzvornahme.

### 3.3.3.1.3. Taxation

Nicht erzwingbare werden in geldwerte Leistungen umgewandelt und nach SchKG vollstreckt. Das bezügliche Verfahren ist in ZPO 259 geregelt. Eine Besonderheit weist dieses Taxationsverfahren insofern auf, als die Zuständigkeit hierfür nicht - wie für die übrigen Vollstreckungsmassnahmen -

beim Kreispräsidenten liegt, sondern, da es sich um die Beurteilung zivilrechtlicher Ansprüche handelt<sup>626</sup>, beim Gericht, welches zuletzt urteilte<sup>627</sup>. Im Unterschied zum normalen Vollstreckungsverfahren ist hier die Gewährung des rechtlichen Gehörs für die vollzugsbeklagte Partei ausdrücklich vorgesehen<sup>628</sup>. Falls die durch den Gerichtspräsidenten nach Erhebung der angerufenen Beweise und allenfalls unter Beizug von Sachverständigen vorgenommene Schätzung<sup>629</sup> von einer Partei abgelehnt wird, setzt das Plenum den Wert fest<sup>630</sup>.

Im Zusammenhang mit dem Taxationsverfahren fehlt dem Beklagten m.E. die Möglichkeit zum Exkulpationsbeweis nach OR 97 Abs. 1 bzw. OR 103 Abs. 2, da es hier nicht um eine unmögliche Leistung i.S. dieser Bestimmungen, sondern lediglich um eine nicht mit anderen Mitteln der ZPO vollstreckbare geht<sup>631</sup>. Eine andere Betrachtungsweise würde dazu führen, dass der Pflichtige im Rahmen des Vollstreckungsverfahrens neue Einwendungen vorbringen oder solche, die er bereits im Erkenntnisverfahren erfolglos erhoben hatte, wiederholen könnte. Uebrigens befindet sich der Pflichtige bezüglich der gemäss Urteil geschuldeten Leistung spätestens seit Eintritt der Rechtshängigkeit in Verzug, weshalb er gemäss OR 102 Abs. 1 auch für Zufall einzustehen hat, er sich mithin weder exkulpieren noch entlasten könnte. Der richterlich festgelegte Anspruch bleibt somit bestehen, bis er freiwillig oder durch eine Vollstreckungsmassnahme erfüllt wird und erlöscht.

Voraussetzung für dieses Taxationsverfahren bildet die Unmöglichkeit, die geschuldete Leistung richterlich zu erzwingen<sup>632</sup>. Es steht daher nicht im Belieben des Vollstreckungsklägers, alternativ die geschuldete oder die umgewandelte, geldwerte Leistung zu verlangen<sup>633</sup>. Nichts steht ihm indessen im Wege, nebst der umgewandelten geldwerten Leistung Schadenersatz zu beanspruchen<sup>634</sup>.

Trotz eingeleiteten oder abgeschlossenen Taxationsverfahrens sollte es dem Vollstreckungsbeklagten m.E. unbenommen sein, nachträglich - falls dies wieder möglich wäre - die gemäss Urteil geschuldete Leistung zu erbringen, zumal es sich bei der Taxation lediglich um ein Leistungssurrogat handelt, welches nicht wahlweise<sup>635</sup> und zudem erst verlangt werden kann, wenn die geschuldete Leistung nicht erzwingbar ist.

#### 3.3.3.1.4. Uebertragung von Eigentum an Grundstücken

Dieser Fall wird gesondert behandelt, weil hier dem Berechtigten zwei verschiedene Wege offenstehen. Er kann einerseits auf Leistung klagen und vom urteilenden Richter die Ermächtigung zum Eintrag ins Grundbuch verlangen<sup>636</sup>; dies nicht nur, wenn das Urteil ausdrücklich auf Abgabe einer entsprechenden Willenserklärung lautet, sondern ganz allgemein zur Vollstreckung obligatorischer Ansprüche, die einen Grundbucheintrag bedingen<sup>637</sup>. Andererseits bestimmt ZGB 656 Abs. 2 ZGB, dass bei Zwangsvollstreckung und richterlichem Urteil das Eigentum ohne Grundbucheintrag übergeht. Dies gilt aber nur für Gestaltungsurteile<sup>638</sup>. Der Berechtigte kann deshalb (falls die entsprechenden materiell-rechtlichen Voraussetzungen gegeben sind) anstelle der Leistungsklage eine Gestaltungsklage (z.B. gemäss ZGB 665) erheben und sodann aufgrund des Urteils direkt beim Grundbuchamt die Eintragung verlangen<sup>639</sup>.

Zur zwangsweisen Einsetzung in den Besitz nach ZPO 258 Ziff. 1 ist dann jedoch in beiden Fällen ein Gesuch an das Kreisamt zu stellen.

#### 3.3.3.1.5. Wahl des Vollstreckungsmittels

Sie ist weitgehend vorgegeben durch das Gesetz und durch die Möglichkeiten der verschiedenen Institute. Dennoch sind Fälle denkbar, bei denen mehrere Wege zum Ziel führen können. Hier ist die geeignetste, mit dem kleinstmöglichen Eingriff verbundene und dem Verhältnismässigkeitsprinzip am besten entsprechende Massnahme zu wählen<sup>640</sup>. Allenfalls erscheint die Verbindung mehrerer Vollstreckungsmittel angebracht<sup>641</sup>.

### 3.3.3.2. Straf- und Kostenfolge

In allen in ZPO 258 und 259 genannten Fällen richterlicher Urteilsvollstreckung wird die renitente Partei, welche dem Amtsbefehl keine Folge geleistet hat, durch die Vollzugsbehörde "dem Strafrichter überwiesen"<sup>642</sup>. In der Bündner ZPO nicht vorgesehen ist die Ansetzung einer Ordnungsbusse für jeden Tag bis zur Erfüllung<sup>643</sup>.

Die Kosten des zusätzlich notwendig gewordenen Vollzugsverfahrens gehen folgerichtig ebenfalls zu Lasten des Vollzugsbeklagten<sup>644</sup>.

## 4. RECHTSBEHELFE GEGEN DEN VOLLZUG

### 4.1. Einreden während des Verfahrens

Nach dem Wortlaut von ZPO 256 und 257 bietet das Bündner Vollzugsverfahren zwar dem Dritten, der ein besseres Recht am Vollstreckungsobjekt zu haben glaubt (ZPO 257), generell die Möglichkeit, gegen die Vollstreckung Einwendungen vorzubringen, nicht aber dem Vollstreckungsbeklagten, der gemäss ZPO 261 Abs. 1 nur die Unzuständigkeit des urteilenden Gerichts, unrichtige Vorladung oder fehlende gesetzli-

che Vertretung im vorausgegangenen Prozess rügen kann. Eine Parteiverhandlung findet im Vollstreckungsverfahren nicht statt, und der erste Amtsbefehl ist bereits der definitive, dessen Nichtbefolgung Zwangsmassnahmen nach sich zieht.

Zwar wird mit dem Urteil über den strittigen Anspruch endgültig befunden. Dennoch können sich nach Abschluss des Erkenntnisverfahrens aber berechnigte Einwendungen ergeben - in materieller Hinsicht, indem z.B. der Anspruch seit der Urteilsfällung untergegangen, z.B. erfüllt worden ist, oder in formeller, weil die Voraussetzungen für die Durchführung des Vollstreckungsverfahrens oder einer bestimmten Vollstreckungsart nicht mehr gegeben sind. Guldener<sup>645</sup> fordert deshalb, jedem Vollstreckungsbeklagten sei Gelegenheit einzuräumen, Einwendungen gegen die Vollstreckung vorzubringen.

Es erscheint fraglich, ob das in der Bündner ZPO normierte Verfahren vor dem aus BV 4 fliessenden Anspruch auf rechtliches Gehör standhält. Nach konstanter Praxis des Bundesgerichts<sup>646</sup> wird der Inhalt dieses Anspruches primär vom kantonalen Recht bestimmt, und der verfassungsmässige Schutz greift nur Platz, wenn jenes sich als ungenügend erweist. In BGE 87 I 100 wurde der Erlass eines Glarner "Rechtsbotes" (eine Art vorsorglicher Verfügung) ohne Anhörung der Gegenpartei als verfassungswidrig bezeichnet. Sodann ist nach BGE 106 Ia 4 aber auch dem Vollstreckungskläger Gelegenheit zur Äusserung zu geben, wenn aufgrund von Einwendungen der Gegenpartei der Vollzug des Urteils aufgeschoben wird, zumal diese Massnahme ja die Durchsetzung eines rechtskräftigen Urteils hindert. Im gleichen Entscheid führt das Bundesgericht aus, es sei "im Einzelfall durch Abwägung der einander gegenüberstehenden Interessen zu ermitteln", ob ein verfassungsrechtlich geschützter Gehörsanspruch vorliege. Schranken könnten "namentlich in der be-

sonderen Dringlichkeit einer bestimmten Verfügung oder im Umstand liegen, dass der Betroffene bei vorgängiger Anhörung den Zweck einer im öffentlichen Interesse liegenden Massnahme vereiteln könnte"<sup>647</sup>.

Im Lichte dieser Rechtsprechung erscheint es doch eher verfassungswidrig, dem Vollstreckungsbeklagten - wie nach dem Wortlaut von ZPO 256 zu folgern - im Gegensatz zum Dritten (ZPO 257) das Vorbringen von berechtigten Einreden zu versagen, die er im vorausgegangenen Erkenntnisverfahren noch nicht erheben konnte.

De lege ferenda drängt sich hier jedenfalls eine Aenderung auf. Bis zu einer nächsten Revision der ZPO könnte die m.E. verfassungswidrige Regelung von ZPO 256 umgangen werden, indem die Verfahrensvorschriften von ZPO 151 für das normale Amtsbefehlsverfahren<sup>648</sup> analog zur Anwendung gelangen. Dies dürfte auch dem Willen des Gesetzgebers nicht zuwiderlaufen, hat doch die Aufforderung zum Vollzug von Urteilen gemäss ZPO 256 mittels Amtsbefehls zu erfolgen.

#### 4.2. Beschwerde

Nach ZPO 263 sind "Beschwerden gegen Verfügungen betreffend Vollstreckbarkeit und Vollzug eines Urteils" binnen 20 Tagen beim Kantonsgerichtsausschuss anzubringen<sup>649</sup>. Zur Beschwerde berechtigt sind nach dem Gesetzeswortlaut der Verfügungsadressat sowie in praxi auch der Vollstreckungskläger<sup>650</sup>. Nachdem auch dem Eingerufenen das Recht zur selbständigen Rechtsmittelerhebung zusteht<sup>651</sup>, sollte diese Möglichkeit auch dem Dritten i.S. von ZPO 257 eingeräumt werden.

Gerügt werden können Gesetzesverletzung sowie willkürliche und unter Verletzung von Beweisvorschriften zustande gekom-

mene Feststellungen der Vorinstanz über tatsächliche Verhältnisse<sup>652</sup>. Auf offensichtlichem Versehen beruhende Feststellungen sind von Amtes wegen zu berichtigen. Wegen Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung ist die Beschwerde nach GVG 34 gegeben.

Der Vollständigkeit halber sei festgehalten, dass nur Amtsbefehle, die den Vollzug eines Urteils zum Gegenstand haben, zur Beschwerde an den Kantonsgerichtsausschuss berechtigen. Gegen alle andern im Befehlsverfahren von ZPO 145 ff. ergangenen Entscheide steht ausschliesslich der Rekurs an den Bezirksgerichtspräsidenten gemäss ZPO 152 zur Verfügung<sup>653</sup>.

1 Eingesehene Literatur zu diesem Thema:

- Hilty Carl, Ueber den Zivilprozess für Graubünden, Chur 1869
- Liver Peter, Die Graubündner Kantonsverfassung des Jahres 1854, Bern 1954
- ders., Die staatliche Entwicklung im alten Graubünden, in Zeitschrift für Schweizerische Geschichte 13, 1933
- Pieth Friedrich, Bündner Geschichte, Chur 1945
- von Planta Peter Conradin, Geschichte von Graubünden, Bern 1894
- Schwarz Robert, Die Gerichtsorganisation des Kantons Graubünden von 1803 bis zur Gegenwart, Chur 1946
- ders., Bündner Gerichtsorganisation, Entwicklung - heutige Situation - Reformwünsche, in Aktuelle Beiträge zum Bündnerischen Recht, Chur 1982
- Raschein Rolf, Bericht und Vorentwurf für eine Reform der bündnerischen Gerichtsorganisation vom 25.4.1975

- 2 BR 320.060; SR 279
- 3 BR 320.000
- 4 BR 310.000
- 5 GVG 6 - 13
- 6 GVG 14 - 16
- 7 GVG 24 - 29
- 8 GVG 17 - 23; vgl. dazu auch PKG 1979 13 37
- 9 GVG 30 - 35
- 10 GVG 36 - 41
- 11 vgl. die ausführliche Aufzählung in FN 2 zu ZPO 1 Abs. 2
- 12 GVG 5
- 13 ZPO 69
- 14 ZPO 20
- 15 ZPO 21
- 16 ZPO 83
- 17 ZPO 70 Abs. 2
- 18 ZPO 16

- 19 zur Streitwertberechnung vgl. ZPO 22 sowie PKG General-  
register 1952-61 S. 103 f. und 1962 - 71 S. 112
- 20 zu den Kreisen vgl. KV 38 f. sowie Gesetz über die Ein-  
teilung des Kantons in Bezirke und Kreise, BR 110.200
- 21 CVG 4
- 22 ZPO 2; die zivilprozessualen Zuständigkeiten der Kreis-  
gerichte und ihrer Ausschüsse wurden in der Revision  
von 1908 beseitigt.
- 23 EG ZGB 2, 8
- 24 GAV OR 1 lit. a, 9 und 18 Ziff. 1
- 25 Caflisch 213, Rehli 112
- 26 GAV SchKG 10 (BR 220.100)
- 27 GAV SchKG 11
- 28 GVG 2
- 29 ZPO 2, 17 ff.
- 30 EG ZGB 1
- 31 GAV OR 1 lit. b
- 32 GVG 8 Abs. 1
- 33 ZPO 18
- 34 ZPO 237 Abs. 2
- 35 ZPO 237
- 36 EG ZGB 2a
- 37 EG ZGB 62, 51, 53 Abs. 2
- 38 GAV SchKG 12 Abs 2
- 39 GAV SchKG 13
- 40 GVG 8 Abs. 1
- 41 ZPO 19
- 42 ZPO 21

- 43 EG ZGB 3, 9
- 44 GVG 1
- 45 vgl. dazu auch Vo über die Organisation und Geschäftsführung des Kantonsgerichts, BR 173.110
- 46 ZPO 262
- 47 ZPO 20 Abs. 1
- 48 Vollziehungsverordnung zum Kartellgesetz Art. 2 (BR 320.200)
- 49 vgl. auch GAV SchKG 12 Abs. 3
- 50 EG ZGB 2a, 53a, Abs. 1
- 51 GAV SchKG 6
- 52 GVV zum KUVG 11
- 53 GVV vom 28. Sept. 1983 zum KVG, UVG und MVG 10 Abs. 1, 15 Abs. 1
- 54 ZPO 20 Abs. 2; kein Sühneverfahren PKG 1961 23 75
- 55 Vollziehungsverordnung zum UWG Art. 1 Abs. 2 (BR 320.100)
- 56 Vollziehungsverordnung zum BG über die Anlagefonds Art. 1 (BR 320.300)
- 57 GVG 34
- 58 ZPO 21; PKG 1961 8 35
- 59 BR 350.000
- 60 Zur Form des Begehrens s. PKG 1970 18 59, wonach zumindest der Forderungsbetrag anzugeben ist; vgl. auch PKG 1963 56 158, 1955 52 155.
- 61 BR 320.060; SR 279
- 62 Zu den Begriffen "zwingender" und "ausschliesslicher" Gerichtsstand vgl. PKG 1977 20 84
- 63 Klagen gegen den Kt. GR sind in Chur anzuheben, vgl. PKG 1959 39 114  
Zum Begriff des Wohnsitzes PKG 1956 7 31

- 64 ZPO 10 - 15
- 65 PKG 1975 7 44  
ZPO 10 und 11 umfassen auch realobligatorische Ansprüche  
PKG 1977 2 15, 1978 22 74
- 66 PKG 1962 29 96; BGE 85 II 361  
Der Gerichtsstand am Arrestort ist nicht zwingend  
PKG 1962 29 96
- 67 PKG 1959 39 115
- 68 PKG 1970 21 65, 1955 8 43, 1957 1 18, 1971 4 27
- 69 PKG 1962 29 96  
Für das Moderationsverfahren ist die z.B. in der An-  
waltsvollmacht enthaltene Gerichtsstandsvereinbarung un-  
beachtlich, d.h. das Moderationsverfahren findet gleich-  
wohl vor dem zuletzt urteilenden Richter statt, PKG  
1972 69 165.  
Zu den Anforderungen an einen Verzicht auf den kantona-  
len Wohnsitzgerichtsstand vgl. PKG 1969 22 62.
- 70 Ausführlich PKG 1969 8 40  
Zu ZPO 28 Abs. 2: PKG 1963 2 35 E. 2 (im Ergebnis al-  
lerdings fragwürdig).
- 71 Zum erforderlichen rechtlichen Interesse, PKG 1971 15 60  
Ueber die Zulassung hat das Gericht, nicht der Präsident  
zu entscheiden PKG 1968 21 63
- 72 ZPO 32,34
- 73 ZH ZPO 43; PKG 1971 15 60
- 74 ZPO (1955) 48 e contrario, Walder 174
- 75 dazu Sträuli/Messmer N 3 zu § 47
- 76 ZPO 50; näheres bei Weber 25 ff.
- 77 dazu im einzelnen Sträuli/Messmer N 2 ff. zu Par. 101
- 78 ZPO 50 Abs. 2; vgl. dazu auch oben 2.2.1. sowie Kapitel  
Prozessvoraussetzungen und -hindernisse 2.4.
- 79 Weber 28
- 80 vgl. dazu Weber 33 ff., welche Arbeit jedoch bereits 25  
Jahre alt ist, sodass hier trotzdem auf die seitherige  
Judikatur einzugehen ist.

- 81 Walder 126; Weber 33 ff.
- 82 Haus 8
- 83 Weber 52; PKG 1950 12 34
- 84 Weber 52;
- 85 Dieser Einbruch in das Prinzip von ZPO (1955) 65 Ziff. 3 wurde von der bei Weber, S. 51, angeführten Praxis sanktioniert
- 86 S. 50
- 87 Walder 3 FN 2
- 88 Weber 52, 69
- 89 Guldener 70
- 90 PKG 1976 5 40, wonach das Rechtskräftigwerden eines Zonenplanes eine Aenderung in rechtlicher Hinsicht darstellt, welche von ZPO 65 (1955) Ziff. 3 nicht erfasst wird und deshalb im Urteil zu berücksichtigen ist, auch wenn sie erst nach der Rechtshängigkeit eingetreten ist; auch Weber 76 ff.
- 91 PKG 1960 93 205
- 92 Weber 62 ff.
- 93 Weber 52
- 94 Weber 61
- 95 ZPO 117 Abs. 1
- 96 Walder 203
- 97 s. ausführlich Guldener 149 ff. und Guyan 5
- 98 s. auch PKG 1962 37 109
- 99 ZPO 78 Abs. 1 und 2, 82 Abs. 1, 138 Ziff. 1
- 100 ZPO 112
- 101 ZPO 201 ff.
- 102 ZPO 188, 196, 201, 138 Ziff. 4
- 103 ZPO 157

- 104 ZPO 156 Abs. 4; vgl. PKG 1955 3 22 (Scheidungsverfahren)  
105 S. 88  
106 ZPO 80 Abs. 2  
107 ZPO 87 Abs. 1, 107 Abs. 1 und 2; vgl. auch ZPO (1955)  
121  
108 ZPO 98  
109 ZPO 97 Ziff. 3  
110 ZPO 108 Abs. 2  
111 Guldener 156; Walder 237 ff.; PKG 1970 21 64, 1961  
38 101  
112 PKG 1971 8 39, 1971 16 62  
113 ZPO 82 Abs. 1 Ziff. 6, 117 Abs. 2  
114 ZPO 117 Abs. 2  
115 ZPO 4 Abs. 1; Guldener 188  
116 PKG 1977 11 60; vgl. auch PKG 1971 28 86, 1966 16 66  
(Pflicht einer Partei, auf die eigene fehlende Passiv-  
legitimation hinzuweisen), 1967 34 88 1963 30 114  
117 ZPO 4 Abs. 2  
118 vgl. auch PKG 1976 19 76 E.2, 1959 70 156  
119 PKG 1976 8 48  
120 vgl. auch EG ZGB 11 Abs. 2  
121 ZPO 105 Abs. 2  
122 vgl. dazu Kapitel Prozessvoraussetzungen und -hinder-  
nisse 2.4. sowie oben 2.2.  
123 ZPO 50  
124 ZPO 70 Abs. 2; Guldener 393 f.  
125 ZPO 75  
126 ZPO 81  
127 ZPO 80 Abs. 2; vgl. aber PKG 1966 19 68 (Pflicht zur Ab-  
nahme angebotener, erheblicher Beweise)

- 128 für das Kantonsgericht als einzige Instanz vgl. die  
Verweisung in ZPO 134
- 129 vgl. hiez u Kapitel Prozessvoraussetzungen und -hinder-  
nisse
- 130 ZPO 93 Abs. 2
- 131 ZPO 218 Abs. 2, 232
- 132 ZPO 93 Abs. 3
- 133 ZPO 93 Abs. 4
- 134 ZPO 93 Abs. 5
- 135 ZPO 94 Abs. 1
- 136 ZPO 94 Abs. 2
- 137 dazu PKG 1973 40 107; Dauer der Verfügungen:  
PKG 1971 57 152
- 138 ZPO 96 Abs. 1
- 139 PKG 1973 3 29
- 140 ZPO 96 Abs. 2
- 141 ZPO 237
- 142 PKG 1973 4 28
- 143 ZPO 102 Abs. 1
- 144 ZPO 103 Abs. 2
- 145 GVG 20
- 146 ZPO 107 Abs. 1
- 147 ZPO 107 Abs. 2 + 3
- 148 ZPO 108 Abs. 1
- 149 ZPO 109 Abs. 1
- 150 ZPO 109 Abs. 2
- 151 ZPO 114 Abs. 2
- 152 ZPO 123 Abs. 1

- 153 ZPO 27; PKG 1970 52 125, 1963 69 174, 1963 70 175  
1958 65 148 und die beiden nachfolgenden, 1956 106 223
- 154 Vaterschaftsprozesse finden im ordentlichen Verfahren  
statt, PKG 1971 6 30
- 155 ZPO 136 Abs. 1 Ziff. 2
- 156 ZPO 136 Abs. 1 Ziff. 1
- 157 ZPO 136 Abs. 1 Ziff. 3
- 158 ZPO 136 Abs. 1 Ziff. 5
- 159 vgl. PKG 1966 20 71; ZPO 138 Ziff. 4
- 160 vgl. PKG 1970 53 126, wonach deren Rücknahme bei ur-  
sprünglicher Unrichtigkeit zulässig ist, falls keine  
schutzwürdigen Interessen verletzt werden.
- 161 BR 320.060; SR 279
- 162 Abgrenzung zum Zivilprozess: PKG 1962 36 108 E. 3
- 163 ZPO 146
- 164 ZPO 147
- 165 ZPO 150
- 166 ZPO 151 Ziff. 1 und 2
- 167 ZPO 151 Ziff. 3
- 168 ZPO 153
- 169 ZPO 149
- 170 vgl. PKG 1960 67 168 (Geltungsdauer)
- 171 ZPO 147 Abs. 2
- 172 ZPO 148
- 173 dazu PKG 1977 3 20 und 1974 18 50
- 174 ZPO 218 ff.
- 175 ZPO 232 ff.
- 176 ZPO 243 ff.

- 177 ZPO 238-242; PKG 1965 17 44 (Erfordernis der Unklarheit)
- 178 Walder 469; Hauser/Hauser 587; Sträuli/Messmer N 2 vor § 259; wohl auch Guldener 535 ff., wonach eine erläuterungsbedürftige Äusserung des Gerichts gar kein Urteil darstellt
- 179 ZPO 242 Abs. 4
- 180 ZPO 210
- 181 ZPO 209
- 182 ZPO 211
- 183 ZPO 214
- 184 ZPO 215
- 185 ZPO 212, 237
- 186 Zum Geheimnisschutz: ZPO 160, 171; PKG 1969 83 162, wo eine umfassende Interessenabwägung vorgenommen wird, ob medizinische Akten der Verwaltung zur Verfügung gestellt werden sollen.  
Bei strafbaren Handlungen findet auf den Geschädigten StPO 129 Anwendung, PKG 1963 39 134: Akten aus dem Strafprozess kann der Geschädigte erst nach Abschluss des Strafverfahrens einsehen und als Beweismittel im Zivil- (allenfalls Adhäsions-) prozess verwenden
- 187 ZPO 182
- 188 ZPO 187, 162 Abs. 3
- 189 Vorgehen bei rogatorischer Einvernahme beanstandeter Zeugen: PKG 1967 34 87
- 190 Zur Fragestellung PKG 1970 9 40, 1971 16 64
- 191 Zur Abgrenzung zwischen Schiedsrichter und Sachverständigen, PKG 1962 31 101
- 192 ZPO 82 Abs. 1 Ziff. 4 lit. b
- 193 ZPO 82 Abs. 2 Ziff. 2
- 194 Auch zulässig für Aussagen zugunsten der befragten Partei, PKG 1969 10 43;  
Zu den Voraussetzungen vgl. 1971 18 66: Die Parteien haben keinen Anspruch auf Durchführung einer richterlichen Befragung: PKG 1962 42 126

- 195      PKG 1971 4 41, 1963 4 40
- 196      ZPO 207
- 197      ZPO 96
- 198      Salzgeber 136 f.
- 199      ZPO 80 Abs. 2; Salzgeber 138
- 200      ZPO 196 Abs. 1, 188; vgl. auch ZPO 138 Ziff. 4 Abs. 2
- 201      ZPO 96
- 202      ZPO 97; vgl. im einzelnen Salzgeber 140 ff.
- 203      PKG 1973 4 28
- 204      ZPO 82 Abs. 1 Ziff. 3 und 4; vgl. oben 3.5.
- 205      PKG 1976 15 66
- 206      107 resp. 108
- 207      ZPO 97 Ziff. 3
- 208      ZPO 108 Abs. 2
- 209      ZPO 201
- 210      ZPO 112
- 211      ZPO 196
- 212      ZPO 188
- 213      Die Erhebung von im erstinstanzlichen Verfahren angemeldeten, aber nicht abgenommenen Beweisen kann eine Partei nur bezüglich eigener Beweismittel oder solcher der Gegenpartei, die sie vor der Vorinstanz auch als eigene anmeldete, verlangen: PKG 1979 10 33, vgl. auch PKG 1976 5 36. Nicht nötig ist, dass gegen die vorinstanzliche Beweisverfügung Beschwerde ergriffen wurde, PKG 1973 4 26. Der Berufungsbeklagte muss Anschlussberufung erheben, wenn er die Abnahme eines von der Vorinstanz mit Beirurteil abgelehnten Beweismittels verlangt, PKG 1971 17 65
- 214      Kein Augenschein ist hingegen im Beschwerdeverfahren zulässig, PKG 1960 42 118

- 215      PKG 1979 16 42
- 216      PKG 1979 19 48, 1978 20 69
- 217      PKG 1978 9 40
- 218      PKG 1971 19 68
- 219      ZPO 157 Abs. 2; zum Begriff der Notorietät, PKG 1976  
8 49 E.2, 1964 11 34
- 220      ZPO 156 Abs. 2
- 221      PKG 1965 7 23
- 222      Guldener 220; Sträuli/Messmer § 108 N 1 und 8; Eich-  
berger 146
- 223      Guldener 224; vgl. auch Heusler 87
- 224      Guldener 204; ZPO 114 Abs. 2; Walder, Prozesserledigung  
1; vgl. auch PKG 1977 27 94
- 225      Guldener 204; Kummer, Grundriss 142; Walder, Prozesser-  
ledigung 1
- 226      vgl. unten 1.3.; Guldener 243
- 227      ZPO 39 (Nichtvertröstung durch den Kläger), 76 (zweima-  
lige Säumnis des Klägers), 83 (Verspätete Einreichung  
von Prozesseingabe oder Leitschein), 79 (Unzuständigkeit  
des Einzelrichters), 224 (offensichtlich verspätete oder  
unzulässige Berufung)
- 228      ZPO 114 Abs. 2 e contrario
- 229      Eichenberger 205
- 230      Guldener 243
- 231      Guldener 243 Anm 13
- 232      ZPO 94 Abs. 3
- 233      ZPO 237 Abs. 4
- 234      Vgl. ausführlich Guldener 125 ff.; Sträuli/Messmer  
§ 27/28 N.2 f.; Walder 133 ff.; PKG 1952 10 25,  
1956 66 159 und 1961 25 81
- 235      Guldener 125; Berther 31; Walder, Tafel 25; Schurter/  
Fritzsche, Band I S. 486

- 236 Kummer, Klagerecht 6
- 237 Guldener 68; Sträuli/Messmer § 27/28 N. 1
- 238 Berther 30; Walder 126; PKG 1967 33 86
- 239 PKG 1974 5 26, 1978 1 9, 1978 20 69
- 240 Zur Parteifähigkeit im SchKG s. Fritzsche 97
- 241 vgl. dazu PKG 1979 6 22, 1978 1 9
- 242 Guldener 127; Berther 32
- 243 PKG 1978 20 69; Sträuli/Messmer § 27/28 N. 17;  
Walder 132
- 244 Guldener 132
- 245 GR Prot. 1950, S. 308
- 246 PKG 1960 7 28
- 247 In PKG 1962 30 100 für Beistände nach 421 Ziff. 8 ZGB  
ausdrücklich entschieden, muss aber für alle gesetz-  
lichen Vertreter gelten.
- 248 Guldener 221
- 249 nach ZPO 23
- 250 Guldener 221 Anm. 6b; PKG 1979 6 23; Seiler 5 möchte  
bei schuldloser Partei eine Verschiebung der Verhand-  
lung zulassen.
- 251 ZPO 107; Salzgeber 158 f; PKG 1958 1 17, 1971 8 39
- 252 vgl. auch Eichenberger 147, wo von "Prozesshandlungs-  
voraussetzungen" die Rede ist.
- 253 PKG 1958 1 17, 1960 7 37, 1971 8 39
- 254 So auch Seiler 3: "Eine besondere Ermächtigung ist  
danach aber nötig, wenn der Prozess ausserhalb des Ge-  
schäftszwecks liegt."
- 255 In casu wurde die Vertretungsbefugnis eines Angestellten  
verneint, weil die vorgelegten Urkunden nicht eine vom  
zuständigen Organ ausgestellte und auf die Streitsache  
Bezug nehmende Vollmacht enthielten.
- 256 PKG 1968 19 61, 1965 20 50

- 257 ZPO 23 Abs. 1 Anwalts Vo (BR 310.100) Art. 9; PKG 1973 34 95, vgl. dazu auch PKG 1956 105 222, wonach einem ausserkantonalen Anwalt, der den bündnerischen Fähigkeitsausweis erlangen könnte, und dies unterlässt, keine Ausnahmegewilligung nach ZPO 23 Abs. 3 erteilt wird.
- 258 PKG 1955 44 103
- 259 PKG 1960 26 99
- 260 PKG 1958 31 91
- 261 PKG 1976 55 161
- 262 PKG 1957 26 79, 1960 26 99, 1961 1 18; ausführlich PKG 1971 14 57 und PKG 1971 14 43; SJZ 68 S.207; kritisch SJZ 68 S.306
- 263 PKG 1971 8 40
- 264 PKG 1971 8 40
- 265 PKG 1978 23 79
- 266 PKG 1961 1 19
- 267 PKG 1971 14 57; vgl. auch FN 262
- 268 vgl. FN 262
- 269 PKG 1961 24 80; anders noch PKG 1957 25 78
- 270 PKG 1956 43 119
- 271 PKG 1962 27 93
- 272 Guldener 222; Habscheid 237; Nussbaumer 120; Sträuli 27
- 273 Guldener 232
- 274 ZPO 50
- 275 ZPO 78
- 276 ZPO 63
- 277 ZPO 20
- 278 PKG 1964 11 32, vgl. auch 1977 22 86; Sträuli 88 f.
- 279 PKG 1956 1 17; Guldener 222 und 232; Sträuli/Messmer 38; ferner auch OR 139 und PKG 1956 49 129, 1960 25 99, 1961 23 77

- 281 anders noch ZPO (1955) 96, wonach die 20-tägige Frist  
nach Ausstellung des Leitscheines zu laufen begann;  
vgl. auch PKG 1974 16 47
- 282 ZPO 82 Abs. 1
- 283 PKG 1956 47 126; Leutenegger 132
- 284 PKG 1960 8 30; Dubs 22
- 285 ZPO 73
- 286 Dazu ausführlich Jörger 53 ff.
- 287 PKG 1959 26 99
- 288 PKG 1964 23 66
- 289 PKG 1958 8 43, 1958 25 77
- 290 PKG 1947 12 36, 1958 8 43, 1964 11 32
- 291 PKG 1958 25 77
- 292 Sträuli/Messmer § 109 N 2
- 293 Sträuli/Messmer § 94 N 3; nicht publiziertes Urteil  
des BGer i.S. E.c.H. und Kons. vom 24. Oktober 1980;  
PKG 1961 38 102
- 294 ZPO 63; PKG 1958 8 43, 1958 25 77
- 295 Bühler/Spühler N 28f. zu ZGB 143; Hinderling 221, Gulde-  
ner 567; Sträuli/Messmer Par. 202 N 17
- 296 Sträuli/Messmer § 202 N 17
- 297 ZPO 20 und 63
- 298 ZPO 78 Abs. 2 und 82
- 299 Auch für die Prozesseingabe vor dem Bezirksgerichtsprä-  
sidenten als Einzelrichter: ZPO 78 Abs. 2; vgl. auch  
PKG 1964 23 66, 1964 10 30
- 300 dazu ausführlich BGE 99 Ia 357
- 301 BGE 99 Ia 357
- 302 ZPO 78 Abs. 1
- 303 ZPO 1

- 304      PKG 1978 20 70, 1976 18 72
- 305      Guldener 34 und dort zit. BGE; Hauser/Hauser 9
- 306      Guldener 220; Sträuli/Messmer § 108 N 2
- 307      vgl. auch PKG 1955 8 43, 1971 4 27
- 308      Guldener 51
- 309      Guldener 221; Walder Tafel 25
- 310      z.B. im Moderationsverfahren: PKG 1972 69 165
- 311      ZPO 15; PKG 1962 29 98  
s. dazu auch 2.7.3. nachstehend über den Schiedsvertrag
- 312      ZPO 92; PKG 1967 69 142, 1961 18 86, 1959 1 18
- 313      PKG 1959 39 114
- 314      nicht publiziertes Urteil des BGer vom 24.10.1980 i.S.  
E.c.H. und Kons.; Sträuli/Messmer, § 94 N 3; PKG  
1961 38 102
- 315      ZPO 93 und 107 Abs. 2; PKG 1960 2 18
- 316      PKG 1967 5 41 (Unzulässigkeit der Prorogation, weil kei-  
ne Verletzung von Bundesrecht gerügt wurde) sowie  
1961 8 35
- 317      PKG 1958 31 87
- 318      PKG 1977 29 96, 1964 24 68
- 319      Rüede/Hadenfeldt 67; PKG 1975 7 44; Guldener 224, 264;  
Nussbaumer 128
- 320      ZPO 140 Abs. 1
- 321      ZPO 38, 39
- 322      PKG 1967 3 34; vgl. auch PKG 1973 3 24, 1973 39 106;  
Isler 12
- 324      EGzZGB 15
- 325      OR 343 Abs. 3
- 326      ZPO 39 Abs. 1, 41
- 327      PKG 1956 45 122

- 328        PKG 1959 23 95
- 329        Mattmann 74
- 330        BR 320.400
- 331        PKG 1975 15 66, wo allerdings fälschlicherweise von Ab-  
          weisung statt Nichteintreten die Rede ist (E.2 am  
          Schluss)
- 332        PKG 1958 30 85, 1963 6 46, 1965 8 23, 1925 7 21,  
          1975 2 26
- 333        vgl. Guldener 224
- 334        über weitere Einzelfälle, bei denen es am rechtlichen  
          Interesse fehlt, vgl. ausführlich Kummer, Klagerecht  
          34 ff.
- 335        Nicht aber Klagerückzug: ZPO 114 Abs. 2; Guldener 381;  
          Eichenberger 146
- 336        ZPO 147 Abs. 2; Rehli 92; a.A. Guldener 590
- 337        Rehli 93
- 338        Rehli 93 f.
- 339        Guldener 381; Kummer, Klagerecht 24 f.
- 340        ZH (ZPO 191 Abs. 4), SH, TI, SZ
- 341        so auch Kummer, Klagerecht 65 Anm. 6
- 342        PKG 1958 23 72; vgl. auch SJZ 74 S.201; BE, FR, VD,  
          UR, OW
- 343        s. Beispiele bei Guldener 365 Anm. 22a
- 344        vgl. oben I. 3.4.
- 345        Guldener 239
- 346        BGE 105 II 233; Sträuli/Messmer § 207 N 12; ausführ-  
          lich Weber 89 ff.
- 347        Guldener 239
- 348        ZPO 114 Abs. 2
- 349        PKG 1960 8 38

- 350 ZPO 71, 76 Abs. 2, 77, 114; PKG 1977 26 92, 1976 19 30  
u.a.m.
- 351 ZPO 39 Abs. 2, 41
- 352 ZPO 39 Abs. 1, 41
- 353 Salzgeber 118
- 354 VO über den Kostentarif und das Rechnungswesen im Zivil-  
verfahren (BR 320.070) Art. 1
- 355 z.B. Klage auf Anerkennung (SchKG 79), Aberkennung  
(SchKG 83), Rückforderung (SchKG 86 und 187) u.a.m.
- 356 ZPO 83; PKG 1967 31 82, 1956 47 125
- 357 PKG 1955 5 26; vgl. auch Jörger 81
- 358 vgl. oben 2.4.3. und 2.4.4.
- 359 PKG 1959 6 30
- 360 ZPO 39, 76, 83
- 361 GR Prot. 1953 S. 514
- 362 So wurde in PKG 1959 26 99 und 1964 23 66 "auf die Kla-  
ge nicht eingetreten", diese mithin nicht nur abge-  
schrieben, sondern ein Prozessurteil des zuständigen Ge-  
richts erlassen. Vgl. auch PKG 1968 21 63
- 363 76 Abs. 3
- 364 z.B. bei den Klagen des SchKG auf Aberkennung (SchKG 83)  
Anerkennung (SchKG 79), Rückforderung (SchKG 86 und 187)  
u.a.m.; hingegen wird die Verjährung trotzdem unterbro-  
chen, da die Streithängigkeit trotzdem eingetreten ist.
- 365 ZPO 78 Abs. 3
- 366 ZPO 79
- 367 vgl. ZPO (1955) 94 Abs. 1 und 105 Abs. 1 (... erlässt  
das angerufene Gericht...) ZPO 79, welcher das Vorprü-  
fungsverfahren abschliessend regelt
- 368 vgl. ZPO 93 Abs. 5; OR 139
- 369 Aufgrund der Verweisung von ZPO 81
- 370 Seiler 6

- 371 ZPO 93 Abs. 1
- 372 PKG 1969 22 62
- 373 PKG 1974 5 25; Guldener 222; Nussbaumer 120
- 374 PKG 1977 11 57
- 375 ZPO 26 Abs. 1; s. oben 2.3.2.
- 376 ZPO 93 Abs. 2, 232 Ziff. 1
- 377 ZPO 1
- 378 ZPO 93 Abs. 5 e contrario
- 379 ZPO 93 Abs. 5
- 380 BGE 75 III 76 (Arrestprosequierungsklage)
- 381 Salzgeber 135
- 382 ZPO 93 Abs. 4
- 383 z.B. Prozessvoraussetzungen
- 384 Prozesshindernisse sind nur auf Einrede hin, nicht von  
Amtes wegen zu beachten
- 385 im Gegensatz zum Entscheid nach ZPO 93, welcher nur er-  
geht, falls der Gerichtspräsident ein Verfahren anordnet
- 386 ZPO 107 Abs. 2
- 387 Leutenegger 44
- 388 ZPO 138 Abs. 1
- 389 ZPO 136 Abs. 2
- 390 ZPO 138 Ziff. 1
- 391 Ernst 77
- 392 Guldener 492 Anm. 57
- 393 ZPO 30 Abs. 2 und 33 letzter Satz (nicht möglich ist  
ihnen aber die Einlegung eines Rechtsmittels gegen den  
Willen der Hauptparteien: Leutenegger 71; Sträuli/Mess-  
mer § 45 N 4)
- 394 S. 492

- 395      PKG 1973 5 31; Guldener 494 Anm. 68; Leutenegger 51 f.;  
Weber 44
- 396      ZPO 218 Abs. 3
- 397      Guldener 494; Sträuli/Messmer § 51 N 9 ff.; Leuteneg-  
ger 72 ff.; PKG 1977 55 166
- 398      neu ZPO 235
- 399      ZPO 232
- 400      ZPO 225 Abs. 3
- 401      PKG 1970 19 60
- 402      ZPO 225 Abs. 2
- 403      vgl. z.B. PKG 1960 2 18
- 404      ZPO 234 Abs. 1
- 405      ZPO 234 Abs. 1
- 406      ZPO 248 f.
- 407      PKG 1961 3 25
- 408      PKG 1970 20 69; Guldener 533;  
dies scheint dem Wortlaut von ZPO 243 Abs. 1 zu wider-  
sprechen, wird aber vom Gesetz in Art. 250 ausdrück-  
lich vorgesehen.
- 409      ZPO 226 Abs. 1, 233 Abs. 2
- 410      ZPO 218 Abs. 1 und 19
- 411      PKG 1958 23 72, 1969 24 66
- 412      S. 40 ff.
- 413      Leutenegger 41; ZPO 120 Abs. 2
- 414      PKG 1970 7 36; demgegenüber ist die Bemessung der Ge-  
richtskosten mit Beschwerde anzufechten (PKG 1974 6 27)
- 415      ZPO 218 Abs. 2, 123 Abs. 4; PKG 1960 9 48: Die Beru-  
fungserklärung muss ausdrücklich auch die Anfechtung des  
Beurteils enthalten, sonst erwächst dieses in Rechts-  
kraft.
- 416      PKG 1957 2 19; Leutenegger 46

- 417 ZPO 261 Ziff. 3 betrifft nur selbständige Kostendekrete;  
PKG 1971 29 88, 1975 18 69
- 418 Leutenegger 45; PKG 1958 23 72
- 419 PKG 1960 2 18
- 420 vgl. auch PKG 1962 10 50, 1977 29 96
- 421 Leutenegger 62 ff.
- 422 ZPO 233 Abs. 2
- 423 ZPO 237 Abs. 4
- 424 PKG 1969 24 65
- 425 vgl. die ausführliche Zusammenstellung bei Leuteneg-  
ger 128 ff.
- 426 dazu Leutenegger 129; PKG 1974 19 53
- 427 oben 4.1.1.
- 428 PKG 1962 41 124
- 429 ZPO 93 Abs. 2
- 430 Botsch 1984/85, Heft 12, Seite 637
- 431 Abschied des Grossen Rates von Graubünden zur kantona-  
len Volksabstimmung vom 1. Dezember 1985, Seite 3
- 432 ZPO 130
- 433 Guldener 269
- 434 BGE 100 I a 322, 328
- 435 ZPO 249 Abs. 1, 232 Ziff. 5
- 436 GVG 34
- 437 ZPO 55
- 438 Hauser/Hauser 616; PKG 1970 19 60
- 439 Hauser/Hauser 632
- 440 ZPO 56 Abs. 1
- 441 Guldener 253; BGE 82 II 167; ausführlich Kamber 44 ff.

- 442 GVG ZH § 179 Abs. 2
- 443 vgl. auch BGE 78 I 129
- 444 Kamber 39
- 445 PKG 1975 15 63
- 446 PKG 1970 19 60
- 447 ZPO 55 Abs. 1 und 2
- 448 Hauser/Hauser 661 f.; Guldener 254 Anm. 76
- 449 BGE 56 I 96; Nussbaumer 78; Kamber 37. Im Lichte dieser Praxis recht streng BGE 86 II 4 E.2, wo verlangt wird, dass eine Partei im Hinblick auf ein Verfahren vor Bundesgericht beim Wegzug ins Ausland ein schweizerisches Zustelldomizil vorzeigt, ansonsten die Zustellungen ohne weiteres unterbleiben können (OG 29 Abs. 4)
- 450 Vgl. die Liste der Staatsverträge über das Zustellwesen in SJZ 53 S. 15; BGE 96 V 140 zu OG 29 Abs. 4
- 451 Guldener 254; vgl. auch Hauser/Hauser 650; GVG ZH 183 Abs. 2
- 452 ZPO 55 Abs. 1; vgl. Caflisch 65
- 453 Kamber 39; Nussbaumer 83
- 454 Anders SO ZPO § 95 I, GL § 60 I u.a.
- 455 ZPO 125
- 456 EG ZGB 15
- 457 OR 343 Abs. 3
- 458 Hauser/Hauser 664; Kamber 40. Zum Beginn des Fristenlaufes ausführlich Kamber 40 ff.
- 459 Nussbaumer 85
- 460 Kamber 43; Kamber 102; Hauser/Hauser 664
- 461 ZPO 128
- 461 Guldener 255
- 463 Hauser/Hauser 665; a.A. PKG 1970 19 61, wo untersucht wird, ob eine nicht vorgeladene Partei ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung des Entscheides

hat.

- 464 ZPO 125 Abs. 1
- 465 Caliezi 17; Rascher 95
- 466 ZPO 56 Abs. 2; PKG 1967 30 81, wonach eine 4 Tage vor dem Gerichtstag abgesandte, erst an diesem eintreffende Vorladung ungültig ist.
- 467 Guldener 272; PKG 1977 23 88
- 468 Kein Kontumazurteil im Vaterschaftsprozess (ordentliches Verfahren), vgl. PKG 1971 6 30
- 469 ZPO 136 Ziff. 5 und 138
- 470 ZPO 228
- 471 Rascher 97
- 472 ZPO 76: Zweite Vorladung, dann Klageabschreibung bzw. Ausstellung des Leitscheines im Falle der Säumnis durch den Beklagten
- 473 ZPO 83: Klageabschreibung
- 474 und ausführlich zum Verhältnis von ZPO 125 Abs. 1 zu ZPO 39 Guyan 34 f.
- 475 Sträuli/Messmer § 129 N 2; Caliezi 19; Akeret 63
- 476 ZPO 93, 109
- 477 dies widerspricht auch nicht ZPO 140
- 478 vgl. die Uebersicht bei Akeret 75 ff.; Caliezi 19 ff.; Diener 45; u.A. Rascher 98, nach welchem der Termin "circumduciert" sei und der Prozess ruhe, bis ihn eine Partei wieder aufnehme.
- 479 vgl. auch die Berner Lösung (ZPO 285; Kummer, Grundriss S. 837, wonach der Richter erst nach Befragung der Parteien und Fehlen zureichender Gründe die Klage abschreibt).
- 480 ZPO, GVG, VVG, StPO
- 481 Guldener 268 Anm. 28; z.B. ZH GVG § 218
- 482 Hauser/Hauser 747

- 483        Guldener 53
- 484        Salzgeber 172; a.A. Caliezi 19 Anm. 130; Guldener 272
- 485        Vgl. dazu die Uebersicht bei Caliezi 29 ff.;  
Sträuli/Messmer § 131 N 2: "... darf der Richter an-  
dere aus den Akten ersichtliche Tatsachen nur insoweit  
berücksichtigen, als sie für das Vorhandensein der von  
Amtes wegen zu prüfenden Prozessvoraussetzungen (§ 108)  
von Bedeutung sind (ZR 44 Nr. 113)."; Nussbaumer 93
- 486        Immerhin kann das Gericht auch im Kanton Zürich den Be-  
weis der klägerischen Tatsachenbehauptungen verlangen,  
wenn es ernsthafte Zweifel an ihrer Richtigkeit hat  
(ZH 131 Abs. 1; Walder Tafel 34).
- 487        Dazu ausführlich Guyan 31 ff., 35; zum ähnlichen System  
im St. Galler Zivilprozess Diener 46 f.
- 488        ZPO 156 Abs. 1, 2. Satz, 127; Guyan 33, 35; Rascher 105
- 489        ZH ZPO § 129
- 490        vgl. 3.3. unten
- 491        vgl. Walder "Offizialmaxime", S. 35; Vassalli 23 ff.
- 492        Es handelt sich dabei nicht um Rechtsmittel i.e.S.;  
vgl. Leutenegger 30
- 493        Zu den verschiedenen Ausgestaltungsmöglichkeiten dieses  
Behelfs sowie zur Regelung in anderen Prozessgesetzen  
s. Caliezi 42 ff.
- 494        Caliezi 32 f.
- 495        Caliezi 32 ff.; Akeret 86 ff.; Diener 54; Hauser/Hauser  
755 ff.; Guldener 273 f.; Mattmann 100
- 496        Caliezi 44
- 497        ZPO 128
- 498        ZPO 130 Abs. 1
- 499        ZPO 61; unten 4.3.
- 500        ZPO 45
- 501        ZPO 130 Abs. 3, 232 Ziff. 2
- 502        ZPO 132

- 503 Caliezi 87
- 504 Guldener 265
- 505 vgl. dazu ZPO 59
- 506 ZPO 58
- 507 ZPO 60
- 508 ZPO 58 Abs. 2
- 509 ZPO 58 Abs. 2; vgl. z.B. ZPO 234
- 510 z.B. ZPO 82, 220 Abs. 1
- 511 vgl. dazu ausführlich Hauser/Hauser 733 ff.
- 512 ZPO 60
- 513 vgl. Salzgeber 85
- 514 Hauser/Hauser 734
- 515 ZPO 60 Abs. 1
- 516 Salzgeber 87; unrichtig Ritter 20 und 25
- 517 ZPO 61 Abs. 2
- 518 ZPO 61 Abs. 3
- 519 vgl. sämtliche nachstehend erwähnten PKG
- 520 Hauser/Hauser 763 erwähnen nur Unmöglichkeit und Verschulden und behandeln den Irrtum im Abschnitt über das Verschulden. M.E. stellt sich der Irrtum jedoch als selbständige Ursache neben Verschulden und Unmöglichkeit, und zwar ungeachtet dessen, ob die Partei am Irrtum ein Verschulden trifft oder nicht.
- 521 Hauser/Hauser 763; Ritter 26 f.
- 522 PKG 1961 26 83
- 523 so auch Hauser/Hauser 763; Ritter 27; Diener 56
- 524 PKG 1961 26 83; Birchmeier 38; BGE 21 755; Diener 56
- 525 PKG 1959 24 97
- 526 Guyan 36; PKG 1959 24 98, auch 1961 26 83

- 527      Hilfsperson ist dabei jeder Erfüllungsgehilfe  
         (BGE 107 Ia 169); vgl. auch Hauser/Hauser § 221  
         N.3 I Abs. 2
- 528      BGE 106 II 174; Guldener 273; Birchmeier 38
- 529      BGE 107 Ia 170 f.
- 530      S. 39, ohne nähere Begründung
- 531      273 Anm. 43 mit weiteren Belegen zu beiden Ansichten;  
         vgl. auch Ritter 33 ff.
- 532      vgl. dazu Walder 3
- 533      als verspätet gilt die Zustellung, falls ein Erstrek-  
         kungsgesuch nach ZPO 60 nicht mehr gestellt werden kann  
         (PKG 1971 27 85)
- 534      vgl. ZPO (1955) 76 Abs. 2, wo dieser Fall ausdrücklich  
         geregelt war.
- 535      so auch Salzgeber 87
- 536      vgl. auch PKG 1961 26 83
- 537      PKG 1975 20 73, 1964 22 64
- 538      Ausführliche Behandlung bei Haubensak, 3 ff.
- 539      VVG 80 f. (BR 370.100); StPO 181 ff. (BR 350.000)
- 540      Walder 515
- 541      PKG 1979 15 41
- 542      Sträuli/Messmer § 302 N 2
- 543      SR 276
- 544      Art. 1. Abs. 2 Konk.
- 545      interkantonaies und internationales ZPR 88 Anm. 21
- 546      Guldener 46
- 547      Guldener 46
- 548      PKG 1960 93 204
- 549      PKG 1962 35 105

- 550 ZPO 256
- 551 Diem 88
- 552 Guldener 616
- 553 SchKG 85, 86; PKG 1975 48 123
- 554 SJZ 80 (1984), 60 f.
- 555 von Tuhr/Escher, Band II, 297
- 556 Walder 516
- 557 ZPO 259
- 558 BR 210.100
- 559 OKG 1979 15 41
- 560 Dazu ausführlich Diem 22 ff.; Frank 202; Haubensak 5
- 561 Sträuli/Messmer § 300 N 2;  
ZPO 252 Abs. 1; Caflisch 213
- 562 Sträuli/Messmer § 190 N 1; Guldener 362;  
Diem 30 ff.; Haubensak 12
- 563 Haubensak 12
- 564 ZPO 120 Abs. 2
- 565 Guldener 204
- 566 PKG 1967 35 88; Guldener 621 Anm. 28
- 567 ZPO 252; OG 39  
dies betrifft nur die im Berufungsverfahren gefällten  
Entscheide, vgl. BZP 77 und Walder 517 f.; im Direkt-  
prozess gefällte Urteile des Bundesgerichtes werden vom  
Bundesrat vollstreckt.
- 568 ZPO 140; BR 320.060; SR 279
- 569 Konk. 44 Abs. 1; ZPO 142 Abs. 1 Ziff. 6
- 570 Walder, das schweizerische Konkordat über die Schieds-  
gerichtsbarkeit, Zürich 1982, Seite 13
- 571 s. unten 2.4.2.
- 572 Rüede/Hafenfeldt 312

- 573 vgl. hiez u ausführlich Guldener, das internationale und interkantonale Zivilprozessrecht der Schweiz, Zürich, 1951, Suppl. 1959
- 574 ZPO 261,; Haubensak 16 ff.
- 575 ZPO 261 Abs. 1
- 576 618 Anm. 13 cc)
- 577 ZPO 261 Abs. 2
- 578 Guldener 616
- 579 BGE 97 I 489; Rüede/Hadenfeldt § 23
- 580 Dies jedoch nur, wenn er die Rüge schon im Schiedsverfahren geltend gemacht hat, vgl. Haubensak 23
- 581 Guldener 616; Rüede/Hadenfeldt 313
- 582 Rüede/Hadenfeldt 314 f.
- 583 Rüede/Hadenfeldt 312
- 584 z.B. NAG 7 lit. g
- 585 Vollständiges Verzeichnis: Inhaltsverzeichnis zu SR 1982, O.27; Guldener, IZR 129 ff.; Sträuli/Messmer § 302 N 3 ff.
- 586 Haubensak 26
- 587 Sträuli/Messmer § 302 N 5
- 588 SchKG 81 Abs. 3; Sträuli/Messmer § 302 N 5; ZPO 262; PKG 1972 68 164, 1968 55 114, 1969 82 160 und dort zit. Literatur
- 589 ZPO 262
- 590 ZPO 262 Abs. 2 Ziff. 1
- 591 Haubensak 19
- 592 ZPO 262 Abs. 2 Ziff. 2
- 593 PKG 1967 69 142, 1962 103 223
- 594 Guldener, IZR 98; Haubensak 19, vgl. auch PKG 1967 60 142

- 595 ZPO 262 Abs. 2 Ziff. 3
- 596 PKG 1967 69 143
- 597 ZPO 262 Abs. 2 Ziff 4
- 598 Haubensak 20; Sträuli/Messmer § 302 N 16 ff.
- 599 Guldener IZR 107;  
ausführlich Rüede/Hadenfeldt 31 ff.
- 600 s. oben 2.3.
- 601 Vgl. dazu ausführlich Peter Messerli,  
Die Vollstreckung des Urteils auf Abgabe einer Willens-  
erklärung nach Art. 407/408 der Bernischen Zivilprozess-  
ordnung, ASR Heft 480, Bern, 1983; sowie Kummer, ZSR 73  
(1954) 163 ff.
- 602 Guldener 628; Pra 60 Nr. 123
- 603 Kummer 245
- 604 Messerli 90 f.
- 605 ZPO 254, Satz 2
- 606 Homberger, Komm. zum ZGB, N 30 zu Art. 963;  
Sträuli/Messmer § 308 N 9; Walder, ZPR 523;  
BZP 78 Abs. 2
- 607 Guldener 623 Anm. 39; vgl. Caflisch 213, der ein Wahl-  
recht annimmt.
- 608 Haubensak 66
- 609 ZPO 256
- 610 dazu kritisch Guldener 624
- 611 Guldener 625 Anm. 55
- 612 Haubensak 90; Sträuli/Messmer § 305 N 1
- 613 Sträuli/Messmer § 305 N 1
- 614 Sträuli/Messmer § 305 N 2
- 615 Guldener 625; Sträuli/Messmer § 305 N 3
- 616 ZGB 275

- 617 PKG 1974 20 56; BGE 94 I 97; anders noch Diem 68, 116;  
Zu den Schwierigkeiten beim Vollzug solcher Urteile s.  
das Beispiel beim Diem 115 f.
- 618 Dieser kommt gem. ZPO 234 Abs. 3 aufschiebende Wirkung  
zu
- 619 ZPO 258
- 620 ZPO 258 Ziff. 1; s. auch unten 3.3.3.1.4.
- 621 ZPO 258 Ziff. 4
- 622 ZPO 258 Ziff. 2
- 623 Haubensak 48
- 624 ZH ZPO § 307 Ziff. 1; Sträuli/Messmer § 307 N 2; Walder  
521
- 625 BZP 77 Abs. 3 (SR 273)
- 626 Haubensak 41
- 627 ZPO 259 Abs. 1
- 628 ZPO 259 Abs. 2
- 629 ZPO 259 Abs. 3
- 630 ZPO 259 Abs. 4
- 631 a.A. Sträuli/Messmer § 309 N 2
- 632 ZPO 259 Abs. 1
- 633 Sträuli/Messmer § 309 N 1; anders BZP 76 Abs. 3
- 634 Sträuli/Messmer § 309 N 1 und dort zit. Entscheide
- 635 s. FN 634
- 636 ZPO 254
- 637 Sträuli/Messmer N 9 zum gleichlautenden § 308 Abs. 2  
der Zürcher ZPO
- 638 Meier-Hayoz, Berner Kommentar zum ZGB, N 99 zu Art. 656
- 639 Meier-Hayoz, a.a.O., N 38 zu Art. 665
- 640 Walder 524

- 641 vgl. das Bsp. bei Guldener 628 Anm. 64
- 642 ZPO 260
- 643 ZH ZPO § 306 Abs. 2
- 644 ZPO 260
- 645 Guldener 624
- 646 BGE 108 Ia 6
- 647 BGE 106 Ia 6
- 648 ZPO 145 ff.
- 649 Leutenegger 135; PKG 1956 54 134, 1962 34 104,  
1969 23 64
- 650 z.B. PKG 1974 20 54, 1956 54 134
- 651 ZPO 30 Abs. 2
- 652 ZPO 235 Abs. 1 und 2
- 653 PKG 1976 21 79

## LEBENS LAUF

Ich wurde am 16. Juli 1952 in Chur geboren. Hier besuchte ich die Primar- und die Kantonsschule, welche ich im Jahre 1972 mit dem Maturitätszeugnis Typus B abschloss. Im Herbst 1972 immatrikulierte ich mich an der Juristischen Fakultät der Universität Basel. Im Herbst 1973 wechselte ich an die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät der Universität Zürich, wo ich im Februar 1979 das Lizentiat erwarb. Ab 1. Juli 1979 war ich während 10 Monaten als Substitut beim Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden tätig, anschliessend folgte ein Praktikum in einer Anwalts- und Notariatskanzlei. Seit 1. Dezember 1981 betreibe ich in Chur ein eigenes Anwalts- und Notariatsbüro. Nebenamtlich habe ich vom 1. Januar 1983 bis 31. Dezember 1986 das Aktuariat des Bezirksgerichts Plessur besorgt.



